

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Sérgio Tibiriçá Amaral
Fernando de Brito Alves
Mario Coimbra
(Orgs.)

INSTITUTO RATIO JURIS



Sérgio Tibiriçá Amaral, Fernando de Brito Alves & Mário Coimbra
(Orgs.)

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL



INSTITUTO RATIO JURIS



Copyright do texto © 2014 - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (IV SIACRID)

Sérgio Tibiriçá Amaral, Fernando de Brito Alves & Mário Coimbra
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do IV SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof.^a Dr.^a Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia)
Prof. Dr. Sergio Tibiriçá (Faculdades Toledo - ITE/Bauru-SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Hermenêutica Constitucional / Sérgio Tibiriçá
Amaral, Fernando de Brito Alves e Mário
Coimbra, organizadores. - 1. ed. -
Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio
Juris, 2014. (Anais do IV Simpósio
Internacional de Análise Crítica do
Direito)

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-62288-14-2

1. Hermenêutica Constitucional. I. Amaral,
Sérgio Tibiriçá. II. Alves, Fernando de
Brito. III. Coimbra, Mário.

CDU-340.12

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito.
Hermenêutica Constitucional.
340.12

As idéias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos
mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores.
É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

SUMÁRIO

<i>A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE PODER CONSTITUINTE DERIVADO</i>	5
Marcelo Agamenon Goes de Souza Lucas Octávio Noya dos Santos	
<i>ACESSO À JUSTIÇA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: APONTAMENTOS SOBRE O JULGAMENTO DA ADIN Nº 4.277/2009 E ADPF Nº 132/2008.</i>	18
Pâmella de Moura Santos Fernando de Brito Alves	
<i>DELIMITAÇÃO DO PERFIL CONSTITUCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO E A IDEOLOGIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</i>	32
Bruno Prado Beraldo Gisele Caversan Beltrami Marcato	
<i>DIREITO FUNDAMENTAL À SAUDE: POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E JUDICIALIZAÇÃO</i>	49
Jéssica Fachin Mateus Vargas Fogaça	
<i>ECOLOGIA E ECONOMIA: A IMPORTÂNCIA DA EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO FISCAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL</i>	67
Thaís Bariani Guimarães Ana Laura Teixeira Martelli Theodoro	
<i>TEXTO, CONTEXTO E NORMA: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA DE WITTGENSTEIN</i>	85
Lucas Antonio Saran Rogério Cangussu Dantas Cachichi	
<i>NEOCONSTITUCIONALISMO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL</i>	99
Thadeu Augimeri de Goes Lima Winnicius Pereira de Góes	
<i>HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA: EM DEFESA DA FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO A PARTIR DA TEORIA DA INTEGRIDADE E DO CRITICAL LEGAL STUDIES</i>	118
Caio Henrique Lopes Ramiro	

**DA “ABSTRATIVIZAÇÃO” DO CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE E DA SÚMULA VINCULANTE: POR UMA 143
APLICAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA**

Caroline Schneider

Ellen Carina Mattias Sartori

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Marcelo Agamenon Goes de Souza¹

Lucas Octávio Noya dos Santos²

Resumo:

Diante de afamados julgamentos dos quais se obteve uma modificação do Texto Constitucional, bem como, Projetos de Emendas Constitucionais justificados na crescente interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo por meio do Ativismo Judicial, é preciso saber o que substancialmente interfere ou não na Constituição Federal de forma a extrapolar os limites impostos pelo Princípio da Tripartição dos Poderes, Rigidez Constitucional ou nas normas constitucionais propriamente ditas. Partindo dessa polêmica acerca da interpretação normativa, utilizando-se da doutrina e em uma comparação entre os institutos de modificação da norma constitucional, é possível observar com maior profundidade a mutação constitucional e seus reflexos no ordenamento jurídico, percebendo que o referido instituto altera a norma constitucional, sem, contudo, modificar o seu texto positivado, concluindo, dessa forma, ser um instituto que se manifesta por meio da interpretação constitucional podendo ser afastado quando manifestamente inconstitucional.

INTRODUÇÃO

O trabalho teve como principal objetivo a análise crítica das formas de modificação da constituição, em especial o processo de mutação constitucional, e sua crescente manifestação na jurisprudência brasileira.

Para tanto, foi necessária a dissociação entre a reforma constitucional e a mutação constitucional, comparando tal instituto aos meios ordinários de reforma de modo a expor suas convergências e divergências, atentando para a crescente e polêmica questão que é a chamada interferência e consequente violação do Princípio da Tripartição dos Poderes.

Ab initio, a pesquisa apresenta de forma substancial, mas contundente, a conceituação, a partir das várias teorias filosóficas historicamente reveladas, da forma a partir da qual emana a Constituição, que é o principal meio de estruturação do Estado.

Partindo-se desse estudo, inobstante saber que a Constituição foi criada para perdurar, e percebendo que é preciso que as normas constitucionais acompanhem a evolução da sociedade, o trabalho passou a analisar, particularmente, o instituto da mutação constitucional, seus conceitos, elementos e características.

¹ Mestre em Direito Constitucional pela ITE de Bauru. Mestre em Direito Processual Penal pela UNOESTE de Presidente Prudente, Consultor *ad hoc* do Conselho da Justiça Federal. Professor de Direito Constitucional e de Prática Jurídica Penal da Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente, onde também é membro do Conselho Superior de Administração - CSA. Foi Assessor Especial da Presidência da Câmara Municipal de Presidente Prudente para Assuntos Jurídicos entre 2007/2010. Advogado. E-mail: ma-agamenon@uol.com.br.

² Discente do 4º ano em Direito pela Associação Educacional Toledo de Presidente. Estagiário do Escritório Agamenon Advocacia e Consultoria. e-mail: lonsantos77@ig.com.br.

Por fim, em uma análise da atual jurisprudência da Suprema Corte do Brasil, foi possível constatar se o referido instituto está presente no Direito brasileiro e os seus reflexos normativos possíveis, utilizando-se de métodos de pesquisa doutrinários, filosóficos e dedutivos acerca do tema.

1. PODER CONSTITUINTE

A Constituição, sendo um poderoso instrumento que traz em seu arcabouço normativo a força de instituir, em todos os seus aspectos e pormenores, um novo Estado ou alterar o vigente, emana do poder constituinte.

Direcionado pelo Princípio da Soberania Popular, descrito no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, percebe-se a imprescindibilidade de uma concisa análise do Poder Constituinte em suas modalidades e suas características.

Segundo leciona Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 67), *“Poder constituinte é o destinado à criação do Estado, dotando-o de estrutura peculiar por meio de uma constituição, e o de alteração das normas constitucionais da sociedade política.”*

Em seguida, o autor supracitado perpassa as raias do positivismo e do jusnaturalismo, evidenciando a discussão acerca da natureza fática ou jurídica do Poder Constituinte, ocasião em que, enquanto os jusnaturalistas defenderão a juridicidade do instituto, os positivistas dirão que trata-se de um fenômeno fático.

Partindo dessa lógica, abstraímos a ideia de que Constituição é o meio do qual o Poder constituinte se vale para manifestar sua expressão de vontade.

1.1. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Partindo da própria terminologia, que, por sua vez, já é objeto de discussão doutrinária, conforme se denota do capítulo seguinte, poder constituinte originário, é o poder pelo qual se materializa a Constituição de um Estado. Dessa forma, já podemos vislumbrar a sua característica principal, qual seja, a inicialidade.

Em uma busca histórica, André Ramos Tavares (2012, p. 52) afirma que,

(...) o poder constituinte manifesta-se, originariamente, na famosa Convenção da Filadélfia, em maio de 1787, quando dezenas de delgados das ex-colônias britânicas reúnem-se em Assembléia.

E, ao fazer isso, André Ramos Tavares não afirma que o poder constituinte tenha sido criado na ocasião. Ele apenas propõe a manifestação do instituto criador das Constituições, tendo em vista que, na mesma obra, nos remete à velha república romana ao tratar das origens da Constituição. Logo, o ano de 1787, manifesta o poder constituinte como nós o conhecemos, e não como instituto jurídico propriamente dito.

Tal estudo começa a tomar força com a Teoria do Terceiro Estado, de

Emmanuel Joseph Sièyes.

Outra característica muito marcante no poder constituinte originário é a sua ilimitação, que segundo Guilherme Peña de Moraes (2012, p. 17), “deve ser entendido que o poder constituinte originário não é submetido a restrições prescritas pelo Direito Positivo.”

Por fim, há que se observar que o poder constituinte originário não se condiciona a qualquer outra norma de direito positivo, podendo se manifestar sem uma forma anteriormente definida, conforme veremos posteriormente, convalida a tese de que a constituição não possui uma data cabal para sua existência.

1.2. PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Uma distinção que se deve, de plano, deixar bem claro é que a Constituição, inicialmente, emana do poder constituinte originário. Portanto, o questionamento que se passa a fazer é: o que é o poder constituinte derivado?

Como sabemos, o Direito, de forma geral, é a ciência que estuda as normas que regem o convívio em sociedade. A sociedade constantemente passa por mudanças, adaptações e avanços em todos os aspectos. Logo, a Constituição, sendo o fenômeno político que é, deve acompanhar essas mudanças e caminhar lado-a-lado com a evolução da espécie humana.

Observando a lição de Carlos Ayres Britto (2006), na qual nos ensina que “(...) nenhuma Constituição nasce para morrer”, é de suma importância pontuar a finalidade do Poder Constituinte Derivado, ocasião em que, segundo Manoel Jorge Silva Neto (2013, p. 36) possuem duas subespécies, quais sejam, o poder reformador e o poder revisional.

Tais poderes se revelam em dois aspectos e em um deles a jurisprudência da Suprema Corte se inclina no sentido de que cuida-se de revisão do poder decorrente perante as normas da Constituição Federal de 1988, conforme se denota do julgamento da ADI nº 1722/TO³, em que entendeu-se que “ao Poder Legislativo, Federal ou Estadual, não está aberta a via de introdução, no cenário jurídico, do instituto da revisão constitucional”.

Outro aspecto, e o que nos parece mais relevante na presente pesquisa, refere-se ao poder de reforma dado ao Legislador decorrente do poder constituinte originário.

A discussão doutrinária, nesse contexto, se pauta no argumento de que, segundo André Ramos Tavares (2012, p. 74), quando falamos em “constituinte”, estamos designando à determinado órgão, no nosso caso o Congresso Nacional, um ato que *de per se* equivale à própria Constituição já instituída. E mais, afirma que, como a Competência Reformadora encontra respaldo e limite, no Poder Constituinte Originário, por lógica, não pode ser ao mesmo tempo Constituído e Constituinte.

Por outro lado, Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 72-73) com mais propriedade expõe que não se pode atrelar o Poder Constituinte a uma

³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.722-0/TO. Relator: Min. Marco Aurélio, Data do Julgamento: 10/12/1997.

entidade única e exclusivamente criadora, tendo em vista as constantes transformações pelas quais se submete o Estado e a consequente reforma constitucional que visa adequar-se às novas realidades sociais.

Isto posto, podemos deduzir que o Poder Constituinte Derivado está condicionado à algumas limitações impostas pelo Constituinte Originário.

Tendo em vista que o Princípio da Rigidez Constitucional impõe a Constituição certa formalidade para que se altere as suas normas, podemos perceber a existência de um processo legislativo mais rigoroso quando tratamos de reforma constitucional.

Equidistante, vemos o artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelecendo uma série de formalidades para a aprovação das Emendas Constitucionais e, dentre elas, o *quorum* mínimo de aprovação, qual seja, maioria de 3/5 em cada casa do Congresso Nacional.

Insta ressaltar a existência do § 4º do mesmo dispositivo legal que, de forma categórica, impõe a proibição de deliberação de propostas que venham a abolir o seu rol de cláusulas pétreas.

Portanto, podemos perceber as limitações formais e materiais, ambas estabelecidas ao poder constituinte derivado e manifestadas pelo artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Há também uma outra gama de limitações, mas, agora respaldadas na forma com as quais são expressadas pelo Legislador Constituinte Originário. Nesse contexto, temos as limitações explícitas e implícitas.

As limitações explícitas são aquelas que se manifestam como cláusulas pétreas que, conforme acima mencionado, estão elencadas entre o rol do artigo 60, § 4º da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, temos as limitações tidas como implícitas, ou seja, são aquelas que não se encontram expressas na Constituição, mas que, por força da interpretação constitucional impõem a mesma força limitativa ao poder reformador, tendo como principal exemplo trazido pela doutrina, uma emenda constitucional que tente revogar o próprio § 4º do artigo 60 da Lei Magna.

2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes de tudo, é preciso estabelecer que, conforme já explicitado no capítulo anterior, o Estado, assim como a sociedade, está em constante progresso, avanço, o que exige que a Constituição assim suceda, razão pela qual se manifesta o Poder Constituinte Derivado.

Com isto, devemos analisar o instituto da mutação constitucional em seus aspectos pormenorizados.

2.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Após a Constituição Alemã de 1871, o assunto surgiu entre os doutrinadores alemães, quando constatou-se que a Lei Suprema começava a divergir da realidade fática alemã. Desta forma, segundo Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 54-55).

(...) denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais. (BULOS, p. 57)

Em um outro aspecto, há uma confusão a ser doravante afastada é a que se refere à natureza normativa ou interpretativa do instituto.

Segundo Luis Roberto Barroso (2009, p. 123), podemos ter a modificação constitucional por via formal ou informal, na qual,

A via formal se manifesta por meio da *reforma constitucional*, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a *rigidez constitucional*. Já a alteração por via informal se dá pela denominada *mutação constitucional*, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à *plasticidade* de que são dotadas inúmeras normas constitucionais.

Quando falamos em modificação constitucional, podemos ter a espécie formal, da qual obtemos a reforma constitucional que segue a formalidade exigida pelo Constituinte Originário, bem como, temos a espécie informal, da qual se abstrai a ideia da mutação constitucional, dotada de seus elementos, caracteres e forma própria.

Portanto, podemos vislumbrar um dos primeiros caracteres da mutação constitucional, qual seja, a informalidade.

Em outra vertente, na busca em um dicionário de sinônimos, encontraremos a palavra “mutação” descrita como “mudança, alteração, volubilidade, inconstância, variação devida a alguma alteração da constituição hereditária com aparecimento de caráter inexistente nas gerações anteriores”.

Contudo, não devemos nos ater à literalidade do instituto.

Em uma apertada síntese, Gustavo Just da Costa e Silva (2000, p. 80) conceitua o instituto como sendo “(...) a modificação da norma constitucional cujo texto permaneça inalterado”.

Em acautelada análise, tal afirmação nos parece em conformidade com a realidade prática do instituto, tendo em vista que, conforme estudado no capítulo seguinte, o próprio Supremo Tribunal Federal entendeu se tratar o julgamento do HC nº 90450-5 MG de mutação constitucional, ocasião em que se

entendeu pela ilegalidade da prisão civil por depositário infiel, editando, assim, a Súmula Vinculante nº 25.

Conforme amplamente difundido, a Súmula Vinculante nº 25 restringiu, mesmo sem uma mudança gramatical ou por emenda constitucional, a aplicação da norma disposta no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988⁴ que continua com sua redação original intacta, o que fulmina qualquer dúvida acerca da disposição doutrinária acima explicitada.

Ainda nesse sentido, o mesmo autor traz a afirmação interessante de que

Se as estruturas materiais integradas ao âmbito normativo – e portanto componentes da normatividade – estão sujeitos às transformações históricas, é possível que concretizações, separadas pelo tempo, de uma determinada norma constitucional conduzam a resultados diferentes embora o programa normativo (o texto) continue o mesmo. (COSTA E SILVA, 2000, p. 80)

Tal enunciado doutrinário traz consigo uma interpretação bastante contundente com os reflexos do tempo na norma jurídica, o que, talvez, possa trazer relação da mutação constitucional com a aplicação da norma no tempo.

Desta forma, pensemos em uma norma que, e.g., entra em vigor no ano de 2014 e que no ano de 2034, vinte anos depois, continue em vigência. Por óbvio, muitas evoluções no mundo fático, não previstas pela norma, poderão alterar a visão interpretativa dada ao dispositivo legal ou até mesmo deturpando o dispositivo.

No mais, é possível concluir que a mutação constitucional possui como caracteres a intermitência, informalidade e imprevisibilidade, tendo em vista a própria natureza do instituto como sendo norteador para tais definições.

2.2. ELEMENTOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em obediência às próprias características do instituto da mutação constitucional, dentre eles a própria intermitência, é possível vislumbrar o fator temporal como um elemento marcante da mutação constitucional, o que, por constatação sistêmica no estudo do direito, abre precedente para o subjetivismo. Contudo, o que é a mutação constitucional senão a influencia do próprio subjetivismo no direito constitucional.

Para ter uma visão mais clara, devemos ter em mente que, como já muito afirmado, a constituição não deve padecer sob influência da mudança de comportamento social do homem, seja ela de pequena ou grande relevância, tendo em vista que a constituição não tem prazos de validade. Contudo, por mais rígida que seja, a Constituição deve acompanhar a evolução da sociedade como um todo, por mais infinitesimal que possa parecer frente ao Direito.

⁴ Não é objetivo deste trabalho questionar a constitucionalidade ou não da Súmula Vinculante nº 25.

Por essa razão é que se fala em mutação constitucional como reforma da Constituição, tendo dois veículos que são a interpretação da norma constitucional e os atos elaborados por órgãos estatais no âmbito administrativo e legislativo.

Cabe salientar que quando o Legislador atua utilizando-se do poder constituinte derivado não se trata de mutação constitucional.

Por outro lado, é possível que o Legislador ordinário exerça a mutação constitucional, bastando somente que não se altere a letra da lei, mas somente dê à norma constitucional interpretação divergente, ou outra interpretação contrária a da sua origem.

Uma hipótese, *e.g.*, de mutação constitucional exercida pelo Legislador por meio de vias ordinárias seria se o Legislador, a despeito do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, quando em interpretação literal proíbe a união estável de pessoas do mesmo sexo, criasse uma lei ordinária que permita o que, segundo interpretação literal, seria vedado pela Constituição Federal de 1988.⁵

No que concerne ao meio interpretativo, cumpre advertir que a interpretação da norma constitucional não cria a mutação constitucional e nem tampouco a impulsiona. A interpretação simplesmente traz a lume do Direito o que na realidade fática já ocorre.

3. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Um grande debate é atualmente travado tanto na doutrina, jurisprudência, entre os parlamentares e até mesmo entre a população em geral: o Supremo Tribunal Federal está ou estaria, cada vez mais, interferindo na Tripartição dos Poderes, trata-se de ativismo judicial ou simplesmente Controle de Constitucionalidade?

Devemos ponderar primeiramente que, conforme explicação de Roger Stiefelmann Leal (2004, p. 7-13), em sua tese de doutorado, Montesquieu, criador da teoria da tripartição dos poderes na obra “Do Espírito das Leis”, não separa os poderes⁶ da mesma forma como os conhecemos dispostos no artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Vale observar que o “Poder” é uno. Apenas do Estado.

Montesquieu (2004) traz em seu rol de poderes o poder legislativo, o poder executivo do direito das gentes e poder executivo das coisas que dependem do direito civil.

O poder executivo do direito das gentes seria responsável pelo que hoje conhecemos como relações exteriores, enquanto que o outro poder executivo se empenharia em fazer se aplicar as normas de direito interno, conhecido pelo poder judiciário.

O grande problema na concepção de Montesquieu seria a ideia de que o

⁵ O mesmo também pode-se dizer em relação ao §5º do mesmo artigo 226 da Constituição Federal, pois onde se lê (...) *igualmente pelo homem e pela mulher.*, também se lê *“igualmente pelos companheiros”* ou ainda *“igualmente pelas companheiras”*.

⁶ Devemos considerar, inclusive, que não se separa os poderes do Estado, haja vista que o poder é uno e indivisível, o que se separa são as funções do poder estatal.

juiz não passa de um ser que executa as leis do legislativo e àquele não é dado interpretar as normas a serem por ele aplicadas.

Tal entendimento foi modificado pelo movimento constitucionalista em que se defendia a jurisdição constitucional do magistrado.

Não muito longe, podemos perceber tal entendimento incorporado em nossa legislação atual.

Contudo, a mutação constitucional influencia e fere o princípio da tripartição dos poderes?

Primeiro, há que se observar que, conforme entendimento de Roger Stiefelmann Leal (2004, p. 139 - 140),

É lícito, portanto, ao Legislativo ignorar as interpretações e os fundamentos deduzidos pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade e reiterar preceitos normativos materialmente semelhantes a outros declarados inconstitucionais. (...) Trata-se aqui de evoluído mecanismo de abertura ao desenvolvimento da jurisprudência constitucional, na medida em que, no caso, o legislador somente poderá manter viva sua discordância com o Supremo Tribunal Federal se confirma-la em duas rodadas de votação. Prestigia-se, assim, a estabilidade da interpretação constitucional, viabilizando, todavia, a reapreciação de determinadas questões, desde que o legislador reafirme a sua certeza em persistir na controvérsia.

Ao analisarmos tal afirmação, podemos concluir que o Legislador não fica impedido de legislar matéria já pacificada na jurisprudência da Suprema Corte ainda que em caráter de Controle de Constitucionalidade.

Neste contexto, muito maior será o seu poder quando da divergência da mutação constitucional positivada pelo Supremo Tribunal Federal.

Cabe também salientar, portanto, que não há que se falar em ofensa ao Princípio da Tripartição dos Poderes quando o magistrado, em sede de interpretação, modifica a norma Constitucional.

Tal conduta deve apenas se resguardar na observância dos limites da interpretação impostos ao mesmo juiz quando da mutação inconstitucional. Mas, nesse caso, Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p. 222) com propriedade já ensinava que:

As Constituições, em regra, demandam uma intensa e profunda atividade do Poder Legislativo para sua aplicação efetiva, não somente através da função legislativa propriamente dita, mas, também, mediante a prática de atos não legislativos pelo órgão de representação popular.

Destarte, a inércia do Poder Legislativo tanto ocorre

quando esse poder deixa de legislar, isto é, não edita a lei necessária para complementar a eficácia das disposições constitucionais e para permitir sua plena aplicação, como quando se omite na prática de atos de controle, fiscalização, ou de natureza que deve, por força de disposição expressa, praticar.

Nesse caso, Ferraz também leciona que qualquer dos poderes estatais pode cometer esse tipo de omissão, Legislativo, Executivo ou Judiciário, ressaltando também a inconstitucionalidade do ato. Assim, em sede de mutação inconstitucional, há a característica da notoriedade.

Ou seja, são manifestamente inconstitucionais as mutações que transbordam o limite da atuação interpretativa ou da legislação interpretativa, ocasião em que, nada impedirá um controle de constitucionalidade nesse aspecto.

Partindo dessa premissa, passemos então a analisar alguns casos que constatarem o surgimento da mutação constitucional no entendimento da Suprema Corte.

3.1. ATIVISMO/POSITIVISMO JUDICIAL QUANTO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Muito além do que simples teoria constitucional, é possível vislumbrar a aplicação *pari passu* da mutação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como reflexo da sociedade contemporânea e seus avanços.

Conforme já citado, podemos elencar o julgamento dos REExt nºs 349.703-1/RS⁷ e 466.343-1/SP⁸, como precursores da Súmula Vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente a aplicação nos *Habeas Corpus* nºs 90450-5/MG⁹ e 96772-8/SP¹⁰, como precursores da mutação constitucional no direito brasileiro após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em referido julgamento, devemos pontuar que, usando do Controle de Convencionalidade¹¹, a Suprema Corte decidiu pela inaplicabilidade de uma norma frente a um Tratado Internacional, qual seja, o Pacto de San José da Costa Rica.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, sem sequer reduzir uma vírgula do inciso LVII do artigo 5º da Lei Magna, imobilizou sua aplicação frente a um

⁷ Cf. Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS, Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 03/12/2008.

⁸ Cf. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Data do Julgamento: 03/12/2008.

⁹ Cf. Habeas Corpus nº 90.450-5/MG, Relator: Min. Celso de Mello, Data do Julgamento: 23/09/2008.

¹⁰ Cf. Habeas Corpus nº 96.772-8/MG, Relator: Min. Celso de Mello, Data do Julgamento: 09/06/2009.

¹¹ Controle de Convencionalidade, conforme ensina José Francisco Rezek (2008, p. 96), é o juízo de adequação das normas de Direito Interno frente às disposições das normas de Direito Internacional.

Tratado Internacional que prevê a ilicitude da prisão civil por depositário infiel.

Outro célebre caso, já mencionado, que culminou na mutação constitucional nas normas descritas nos §§ 3º, 4º e 5º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foram os julgamentos da ADI nº 4.277¹² e da ADPF nº 132¹³ ajuizadas contra ato do poder público que não reconheceu a união estável de pessoas do mesmo sexo.

Por último, mas não menos importante, outro caso que recentemente foi calorosamente assistido pela grande população foi o julgamento da ADPF nº 54¹⁴, que teve por objeto a discussão sobre a possibilidade de aborto do feto mesoanencéfalo ou anencéfalo sem qualquer punição do Direito Penal, ocasião em que, a maioria da Suprema Corte entendeu pela procedência do pedido.

Em todos os casos, podemos perceber que o Supremo Tribunal Federal interpreta a Constituição dando-lhe voz e aplicando seus preceitos de forma a por em xeque o que diz o constituinte originário sem, contudo, alterar a letra da Lei Magna.

A grande questão que preocupa a doutrina e até mesmo a própria Suprema Corte é se, agindo desta forma, o Supremo Tribunal Federal não estaria deturpando o instituto da mutação constitucional de forma atuar no campo do legislativo quando aquele a quem realmente compete atuar não o faz. Em outras palavras, estará o Supremo Tribunal Federal legislando nas omissões do poder legislativo?

3.1.1. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E OS EFEITOS VINCULANTE E ERGA OMNIS

Antes mesmo de concluir pela abertura de precedentes no que se refere à estruturação estatal a partir da mutação constitucional, é preciso saber se a modificação informal da constituição está adstrita ao efeito vinculante e efeito erga omnis das decisões do Supremo Tribunal Federal. E mais, a mutação constitucional é uma prerrogativa exclusiva da Suprema Corte?

Tais perguntas devem ser respondidas tendo em mente que, por mais errôneo que possa parecer tal afirmação, a mutação constitucional está associada ao controle de constitucionalidade.

Por outro lado, o próprio controle de constitucionalidade não é uma prerrogativa do Supremo Tribunal Federal. Basta ter em mente a decisão de John Marshall no caso *Marbury vs. Madison* (LENZA, 2011, p. 247), ocasião em que se entendeu que compete a todo e qualquer juiz defender as normas constitucionais. Pela lógica, portanto, a mutação constitucional estaria presente também no controle difuso de constitucionalidade.

Quando analisamos tal afirmação com mais cautela, contudo, percebemos um pequeno obstáculo que pode ser cabal na construção da teoria

¹² Cf. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 05/05/2011.

¹³ Cf. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Data do Julgamento: 05/05/2011.

¹⁴ Cf. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Data do Julgamento: 12/04/2012.

da mutação constitucional.

A *priori*, como já afirmado e aqui repetimos, cabe ressaltar que a mutação constitucional não é criada pelo órgão jurisdicionado ou qualquer outro órgão estatal. A mutação constitucional emana da evolução da sociedade e que, portanto, reflete na máquina estatal.

Partindo dessa premissa, devemos ponderar que o controle difuso de constitucionalidade, *ipsis litteris*, não é um controle de constitucionalidade, mas sim um conflito de normas de forma incidental a ser solucionado pelo magistrado.

Outro não é o entendimento de Lenio Luiz Streck (2013, p. 584) ao inflamar a questão:

Em sede incidental - *ratio* do controle difuso -, pode ser “declarada constitucional” uma lei? Os efeitos cruzados previstos no art. 24 da Lei 9.868/199 se aplicam ao controle difuso, inclusive dos Tribunais? A resposta é negativa. Uma coisa é a dispensa da suscitação do incidente quando já houve julgamento no próprio Tribunal ou de Tribunal Superior acerca da inconstitucionalidade. Outra é a “transformação” do julgamento improcedente do incidente em uma “declaração de constitucionalidade”.

Desta forma, podemos denotar que os magistrados não controlam a constitucionalidade em sua plenitude, mas apenas resolvem um incidente processual no curso do processo.

O que, não ocorre, contudo, em sede de controle difuso quando este chega ao Supremo Tribunal Federal. Conforme a letra da Lei Magna no artigo 102, inciso III, alíneas “a” e “b”, o Supremo Tribunal Federal dará a última palavra quando o objeto da discussão do recurso extraordinário contrariar o que dispõe a Constituição ou declara-se a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada Lei.

Portanto, impera a assertiva de que a mutação constitucional terá a última palavra, em controle difuso ou não, ao Supremo Tribunal Federal.

E, ainda, existe a possibilidade de interpretação que modifica a constituição em sede de controle difuso, conforme se pode perceber dos próprios julgamentos trazidos no início do capítulo.

Logo, não há que se falar em adstrição da mutação constitucional ao efeito vinculante ou *erga omnis* dado pelo Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

O que é mutação constitucional? A mutação constitucional, como o Poder Constituinte Derivado, altera a Constituição interferindo de forma crítica na tripartição dos poderes?

Tais questionamentos foram elementares para a conclusão da pesquisa,

convergindo para a reflexão acerca dos conceitos e características que envolvem o elemento da mutação constitucional.

Dessa forma, é possível concluir que a mutação constitucional realmente altera as normas contidas na Constituição e, muitas vezes, de forma substancial. Contudo, não se trata de uma alteração tal qual o Poder Constituinte Derivado, que se manifesta a partir de uma modificação no texto da Lei Magna.

A mutação constitucional, além de não possuir uma formalidade definida, não ocorre instantaneamente. Obviamente, o Poder Constituinte Derivado não é imediato. Contudo, o tempo não influencia na elaboração das Emendas Constitucionais e por outro lado, o tempo é elementar para a manifestação da mutação constitucional.

Há que se observar também que o instituto da mutação constitucional não é criado pelo agente interpretador da norma, de forma que se trata apenas de sua manifestação no mundo do Direito. Trata-se de uma modificação criada pela própria evolução ao longo do tempo, fazendo com que a sua exteriorização seja, por vezes, incompatível com a norma vigente.

Por último, como se pôde observar na pesquisa, não há que se falar em violação ao princípio da Tripartição dos Poderes por parte deste ou daquele poder quando da manifestação ou exteriorização da mutação constitucional, tendo em vista principalmente que a interpretação, quando emanada do Poder Legislativo, pode ser submetida ao Controle de Constitucionalidade e, quando inconstitucional, retirada do ordenamento jurídico.

A recíproca é verdadeira, quando a interpretação emanar do Poder Judiciário, o Poder Legislativo poderá, em suas funções ordinárias, afastar a aplicação da interpretação advinda do poder Judiciário quando esta, manifestamente, estiver em desacordo com a Constituição vigente.

Referências Bibliográficas

- AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BUENO, Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 2 ed., São Paulo: FTD, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Mutação constitucional*. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

COSTA E SILVA, Gustavo Just da. *Os Limites da Reforma Constitucional*. 1 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial nas Omissões do Poder Público*. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1 ed, São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. 1 ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: USP, 2004. 189 fl. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28ªed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Reforma Constitucional*. 1 ed. Niterói: Impetus, 2003.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

**ACESSO À JUSTIÇA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL:
APONTAMENTOS SOBRE O JULGAMENTO DA ADIN Nº 4.277/2009 E ADPF
Nº 132/2008.**

Pâmella de Moura Santos¹⁵
Fernando de Brito Alves¹⁶

Resumo:

Este trabalho visa contribuir no esclarecimento sobre a hermenêutica constitucional enquanto parte integrante e necessária do Estado Democrático de Direito, pois é sabido que a evolução social é constante e o Direito nem sempre consegue acompanhar e amparar as situações conflituosas surgidas no seio da sociedade com base nas normas existentes. A busca pelo ideal de “justo” é o que impulsiona os objetivos da norma e a exigência de justiça e, portanto, da satisfação do “justo” recai sobre a figura do Estado-Juiz. No entanto, nem sempre a norma é suficiente para solucionar o litígio apreciado e, neste contexto, surge a necessidade de utilizar a hermenêutica a fim de resolver o litígio em questão e prestar a justiça ao caso concreto através de uma postura ativa do hermenêuta. Esta postura ativa do juiz encontra amparo na necessidade de garantir a aplicabilidade prática ao acesso a justiça e garantir os direitos fundamentais, através de uma nova visão pautada na hermenêutica constitucional em consonância com os fatos e alterações sociais, com a condição humana e os princípios constitucionais norteadores do direito em geral, com vista a conceder ampla efetividade ao princípio do acesso à justiça.

INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, assim como desde a Antiguidade, a busca pelo ideal de “justo”¹⁷ é uma das principais características da qual se deve revestir a norma jurídica, pois, na busca pela tutela jurisdicional através do Estado Juiz, a intenção das partes é de que o juiz “faça justiça” diante do caso concreto.

Ainda que se abstenha do princípio da justiça como elementar para a noção de Direito, a noção de justo é essencial para constituir o conceito de acesso à justiça.

¹⁵ Mestranda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP, bolsista CAPES. Pós-Graduada em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora em cursos preparatórios.

¹⁶ Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pelos Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Séc. XX da universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino-ITE/Bauru-SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP. Assessor jurídico da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná e das Faculdades Integradas de Ourinhos.

¹⁷ A expressão “justo” e suas derivações estão entre aspas devido às diversas interpretações possíveis a respeito do que é a justiça e os meios aptos à assegurá-la. Neste artigo, a noção de justiça abordada pode ser remetida à leitura de “Um conceito globalizável de justiça” disponível em “A Igualdade como Princípio da Justiça: Reflexões Filosóficas em tempos de globalização” (HOFFE, 2008, p. 268-271).

Ocorre que nem sempre é possível tal noção advinda própria norma, razão pela qual, o conceito de “justo” vem sofrendo algumas transformações com vistas a possibilitar a redução de desigualdades em especial nos países recém-democráticos.

Surge então a necessidade de se interpretar os conflitos não apenas com base na própria norma e neste contexto a hermenêutica constitucional sobressai em importância na busca por um Estado efetivamente democrático, exigindo uma postura participativa do juiz, intérprete legal do caso concreto.

Com a constitucionalização dos direitos, a hermenêutica jurídica ganha um novo viés interpretativo, abrindo espaço à hermenêutica constitucional, em que, no Estado atual, os valores sociais e a proteção do indivíduo assume papel de relevância indiscutível, levando o intérprete (hermeneuta) à efetiva posição de realizador das garantias constitucionais.

Muito se fala acerca do acesso à justiça e o direito de ação, não sabendo ao certo a distinção entre os dois institutos e a relevância desta diferenciação, a qual, será abordada inicialmente.

É certo que o objetivo não é a discussão plena sobre as diferenças entre os dois institutos, mas tão somente delinear os contornos do princípio do acesso à justiça face à necessidade de interpretação baseada na hermenêutica constitucional.

Para tanto, explanar-se-á sobre a previsão constitucional do acesso à justiça, passando brevemente pelo direito de ação, e ao final, adentrar no campo da hermenêutica constitucional a fim de possibilitar a análise do instituto como forma de garantir eficácia e aplicabilidade plena do acesso à justiça, finalizando com a menção às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 4277/2009 e Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/2008, nas quais, foi pacificado o entendimento sobre a possibilidade de união entre casais homossexuais.

1. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA JUSTIÇA

Primeiramente, a análise deverá partir da norma suprema que se posiciona com supremacia face às demais. Como é sabido, é função do Estado garantir o acesso à justiça a todos aqueles que sofrerem lesão ou ameaça de lesão a direito, consoante preconiza o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: [...]

XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Nos termos da norma acima transcrita, o acesso à justiça se mostra tão importante quanto os demais direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional, justamente porque ao Estado compete a proteção e efetivação dos direitos individuais e coletivos do indivíduo, em especial quando tal direito for lesionado, haja vista que não é permitido ao particular exercer a autotutela.

Definir o conceito de acesso à justiça não é uma tarefa fácil, mas o significado etimológico da palavra leva a assimilar a uma resposta que se busca do Poder Judiciário capaz de atender as expectativas sociais ao passo que tal resposta deve ser adequada ao contexto real e as novas aspirações da sociedade.

Para tentar explicar um dos conceitos que mais abrange o sentido principiológico do acesso à justiça, a análise deve ser feita com relação aos meios e os resultados.

O acesso à justiça pode ser representado por duas finalidades básicas do sistema jurídico, o qual, através da soberania estatal, deverá resolver os litígios dos cidadãos proporcionando um sistema jurídico igualitário e, portanto, acessível a todos, “ao passo que este mesmo sistema deverá produzir resultados socialmente justo levando em conta a individualidade de cada um” (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 8), haja vista que não nos é permitido a utilização da autotutela como meio de solução de conflitos, como no tempo da Lei de Talião¹⁸, em que não existia figura estatal asseguradora da justiça.

No Estado moderno, a função jurisdicional é exercida pelo Estado por meio de um de seus poderes, o Poder Judiciário, que busca distribuir a justiça a todos a fim de manter a pacificação da sociedade. Assim sendo, o único meio legítimo de obter prestação jurisdicional é requerendo-a por meio do Estado.

Desta forma, o acesso à justiça é garantia constitucional que deve ser utilizada pelos titulares de direitos e assegurada pelo ordenamento jurídico.

2. O DIREITO DE AÇÃO

Ultrapassada a questão suscitada acima importa tecer breves considerações sobre o Direito de Ação.

A ação pode ser designada como “o poder ou a faculdade de agir em juízo - poder faculdade latente em toda relação de direito, o que se traduz em ato (ação no sentido objetivo) logo que se consuma ou está iminente qualquer violação das relações de direito” (MONTEIRO, 1956, p. 73).

¹⁸ Surgida por volta do ano 1780 a. C., no reino da Babilônia, através de indícios do princípio de Talião, segundo o qual é expressado pela máxima “olho por olho, dente por dente”, ou seja, as pessoas faziam justiça com as próprias mãos, de forma desarrazoada e desproporcional. O Código de Hamurabi foi o grande precursor Lei de Talião, pois dispunha em seu texto que, “Se alguém enganar a outrem, difamando esta pessoa, e este outrem não puder provar, então que aquele que enganou deve ser condenado à morte”, dentre inúmeros outros mandamentos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/codigo-de-hamurabi.html>- acesso em 12/05/14.

Acerca do acesso à justiça, é certa a dificuldade na definição do instituto, podendo ser comparado como o meio, a resposta dada pelo Poder Judiciário aqueles que buscam a tutela jurisdicional. A medida deve ser justa e adequada às mudanças sociais e principiológicas da sociedade.

Embora não seja possível a definição taxativa da expressão '*acesso à justiça*', por oportuno, a lição de Cappelletti e Garth, que divide o instituto em duas finalidades básicas e se mostra razoável ao entendimento proposto, quais sejam, a de "resolver os conflitos sociais por meio da soberania do Estado ao passo que deve prezar pela igualdade e produzir resultados que sejam individualmente justos" (CAPPELLETI; GARTH 1988, p. 8).

A fim de explicar melhor sobre a ação, algumas teorias sobre o instituto prescindem ser abordadas, ainda que brevemente: teoria imanentista, concreta e abstrata do direito de ação.

A teoria civilista da ação, também chamada de imanentista, utiliza-se do próprio direito material depois de violado, ou seja, a ação era o mesmo direito buscando uma defesa. Teve percursores no Brasil e na Alemanha, dentre eles Clóvis Beviláqua e João Monteiro, bem como, Friedrich Karl Von Savigny, respectivamente, teoria esta que declinou a partir da distinção doutrinária entre direito material e o direito de ação.

Por outro lado, surgiu a teoria concreta advogando a ideia de que a ação é um direito autônomo e concreto, que só existiria se o direito material também estiver presente, "a ação seria um direito público e concreto, ou seja, direito nos casos concretos em que existisse direito subjetivo" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 251).

No entanto, há casos em que a conclusão pela existência ou não de um direito material só pode ser auferida ao final, quando dado o provimento jurisdicional, razão pela qual a teoria concreta se mostra precária, eis que pela ótica abordada, aquele que não demonstrasse o direito material estaria excluído do direito de ação, o que não é possível, até mesmo em respeito ao princípio do acesso à justiça que contempla o direito de receber a proteção do Estado aos que necessitarem.

Por fim, a terceira teoria é aquela segundo a qual o fundamento do direito de ação era a "própria personalidade do agente, em cujo conceito se inclui a faculdade de aspirar à realização dos direitos individuais" (CALMON DE PASSOS, 1961, p. 11-12).

Entretanto, no adiantar da história, Liebman¹⁹ veio distinguir o direito subjetivo do direito de ação, fazendo claramente a distinção do poder de agir em Juízo, acessível a todos, das condições da ação que subordina a ação à presença de determinados requisitos de existência, os quais, se inexistentes, levaria à denominada carência de ação.

As condições da ação, muito embora seja um tema de relevante importância, não é o objeto do estudo do presente artigo, requerendo estudo

¹⁹ Enrico Tullio Liebman foi um importante jurista italiano, nascido em 1903 na cidade de Leopoli. Graduou-se na Faculdade de Direito de Roma, tendo como mestre Giuseppe Chiovenda. Foi uma grande influência ao pensamento processualista brasileiro. A biografia completa de Liebman pode ser vista no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil-Disponível em (<http://www.abdpc.org.br/abdpc/imortal.asp?id=10>). Acesso em 10/03/2014.

específico posterior.

O fato é que, não obstante as inúmeras insurgências doutrinárias a respeito do direito de ação, as teorias supracitadas convergem ao discutir as condições de procedimentabilidade de início ao processo, justamente porque tal direito é exercido logo no início da demanda, para dar impulso oficial ao procedimento processual, enquanto o acesso à justiça compreende não só o direito de ação, como também o direito à prestação jurisdicional de forma adequada aos padrões sociais e legais, consoante restará demonstrado.

3. O ACESSO À JUSTIÇA E O HERMENEUTA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Verifica-se acima que o acesso à justiça compreende não só o direito de ação como também o direito à tutela jurisdicional prestada de forma adequada.

Esta adequação diz respeito ao meio utilizado pelo Estado para chegar ao resultado pretendido, ou seja, para proferir a decisão final, por meio do juiz, considerando a individualidade do sujeito e a evolução social.

Desta forma, a prestação jurisdicional não pode ocorrer de forma discrepante ao contexto social que vivemos, sob pena de não atender o princípio do acesso à justiça de forma integral.

Assim sendo, numa sociedade marcada por mudanças e caracterizada pela globalização especialmente tecnológica, “o direito vive uma crise existencial, tendo dificuldades de promover valores essenciais como a segurança e a justiça” (CAMBI, 2011, p. 19).

Ocorre que, quando a situação posta à apreciação pelo Poder Judiciário não considera os fatores de ordem moral, ético e social, é tendencioso que a decisão final macule o princípio constitucional do acesso à justiça ao menos em parte e ainda outros direitos fundamentais como a igualdade, liberdade e muitos outros pertinentes ao caso específico, razão pela qual, a interpretação constitucional, tarefa incumbida ao hermenauta, assume importância relevante na solução dos conflitos e efetivação da prestação adequada da tutela jurisdicional em consonância aos ideais aspirados pelo Estado Democrático de Direito.

Antes de adentrar ao tema central, sobressai em importância distinções pontuais entre a nova e a velha hermenêutica, com base na teoria dos princípios.

Conforme preceitua Paulo Bonavides, “a juridicidade dos princípios passou por três fases: jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo” (BONAVIDES, 2002, p. 264). Por oportuno, serão abordadas linhas gerais sobre as duas primeiras e atentar-se-á em especial ao pós-positivismo que compreende a nova hermenêutica.

Primeiramente, na técnica da Velha Hermenêutica, os princípios não possuem normatividade, pois a Lei escrita é vista como expressão racional da vontade do legislador, ou seja, a solução para o conflito estaria em alguma lei pré-determinada.

Na velha hermenêutica “a regras são extremamente importantes”

(BARROSO, 2003, p. 332).

O positivismo visualiza a neutralidade normativa, em que o juiz, ao proferir a sentença, deduz a leitura legal e subsume o entendimento lá transcrito. Para os positivistas, “o juiz é mero aplicador de leis que, ao sentenciar, apenas deduz e subsume” (BARROSO, 2003, p. 22).

No pós-positivismo há o progresso, o avanço da Nova Hermenêutica, “em que os valores são considerados na fundamentação do ordenamento jurídico, conjugando as bases axiológicas, a Lei com o Direito” (BARROSO, 2003, p. 266).

Preceitua Barroso que, na nova Hermenêutica, “o sentido será determinado pelos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados, buscando a solução adequada para o problema a ser resolvido” (BARROSO, 2003, p. 332).

Cumpra-se asseverar que atribuir nova interpretação não implica abandono das regras, ou seja, do modelo clássico (fundado na aplicação das regras), tampouco tradicionais da hermenêutica (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), eis que desempenham papel de elevada monta na captura pelo sentido das normas e na solução dos casos concretos.

No entanto, a metodologia clássica se mostra insuficiente, requerendo, pois, a necessidade de agregar novas ideias.

Importante menção sobre o instituto é que “na Nova Hermenêutica, ao estabelecer a norma, o legislador: legisla entre as partes, e o direito vivo, norteado em princípios, prevalece sobre a regra” (BONAVIDES, 2001, p. 22).

Partindo do pressuposto acima, é inegável a necessidade de analisar o ordenamento jurídico sob a ótica principiológica, valendo-se o intérprete legal da nova hermenêutica.

A aplicabilidade deste modelo de interpretação jurídica concede efetividade ao princípio do acesso à justiça, em sentido amplo e em sentido estrito, pois, o direito que o indivíduo tem não deve se limitar ao direito de ação, e é justamente o acesso à justiça garantido constitucionalmente que valida a utilização da nova hermenêutica pelos julgadores, a partir de uma interpretação principiológica em consonância com a norma e parâmetros ditados pela própria sociedade.

Ademais, a utilização dos princípios foi consagrada inclusive no Código Civil de 2002²⁰, que contém mandamentos evidentemente principiológicos, pelo que resta impossibilitado ou ao menos incompatível com a utilização da Velha Hermenêutica.

Observa-se no ordenamento jurídico brasileiro que existem normas ultrapassadas, que por certo não se adequam em sua totalidade a realidade fática e social das pessoas, dos indivíduos, ou seja, daqueles que são destinatários diretos do Direito e da tutela jurisdicional prestada pelo Estado.

Assim, deve-se buscar uma forma de interpretação capaz de atender as

²⁰ Um dos exemplos claros de utilização dos princípios no Código Civil Brasileiro está expresso no art. 113 “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Assim, é perceptível que os negócios jurídicos em geral devem ser interpretados à luz do princípio da boa-fé, sendo, pois, que se não for observado, cabe ao Judiciário apreciar a legalidade ou não do negócio entabulado pelas partes.

mudanças estruturais da legislação em consonância com as alterações no próprio seio social.

4. A UNIÃO HOMOAFETIVA E O JULGAMENTO DA ADIN N°4.277/2009 E ADPF N° 32/2008: UTILIZAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL AO RESOLVER O LITÍGIO

Com base no até aqui exposto, percebe-se que a hermenêutica é voltada à descoberta do interpretar, é técnica de interpretar voltada à compreensão e decodificação da linguagem, “é trazer uma situação ou uma coisa, da inteligibilidade à compreensão”. (CIARAMELLI, 2009, p. 145-146).

De fato, com o a abertura de espaço conquistada pela hermenêutica constitucional, o Tribunal Constitucional assumiu papel de destaque, em especial nos dias atuais, eis que devem guardar os direitos fundamentais, ao passo que permite o direito alçar um novo status que não resume da subsunção do fato à norma.

A (nova) hermenêutica rompe com essa ideia de subsunção do fato a uma regra (norma) que lhe corresponda, passando a ser:

Uma ferramenta metateórica e trasmetodológica a ser aplicada no processo de desconstrução do universo conceitual e procedimental do edifício jurídico, nascido no paradigma metafísico, que o impediu (e continua impedindo, ao abrigo do paradigma epistemológico da filosofia da consciência) de submetê-lo às mudanças que há muito tempo novas posições teóricas- não mais metafísicas- nos põe à disposição. Hermenêutica é a experiência. É vida! É este nosso desafio: aplica-la ao mundo da vida! (STRECK, 2007, p. 289).

De fato, a última passagem do trecho acima demonstra exatamente o objetivo prático da hermenêutica constitucional: aplicá-la ao mundo da vida. E foi fazendo esta aplicação ao mundo “real” que o Tribunal Constitucional brasileiro (Supremo Tribunal Federal) reconheceu o direito aos homossexuais que vivem em união estável, equiparando o instituto da união estável aos relacionamentos oriundos de pessoas do mesmo sexo.

Não existe no Brasil norma própria que discipline a união homoafetiva, a união entre pessoas do mesmo sexo, pois, a legislação²¹ é clara ao estabelecer o

²¹ A Constituição Federal de 1988 é expressa ao dispor no Art. 226 § 3º, que “para efeito de efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (grifo nosso). Nos termos da redação dada ao artigo, somente a união entre o homem e a mulher poderia, em tese, receber proteção jurídica. Ainda, o Código Civil no art. 1723 também expressa a mesma regra no que tange a diversidade de sexo como elemento caracterizador da união estável “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável **entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de

casamento e a união estável entre o homem e a mulher, sendo que a diversidade de gêneros é condição nuclear para a caracterização de um ou outro instituto.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal²² já firmou entendimento sobre a aplicação analógica do instituto da união estável a união homoafetiva, muito embora exista legislação taxativa expressando a diversidade dos sexos como elemento central do instituto.

Ocorre que, desconsiderando o mérito acerca da opção sexual de cada indivíduo, eis que irrelevante para finalidade da pesquisa, o que merece atenção é evolução da sociedade e das relações afetivas que clamava por proteção e amparo aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Portanto, ao decidir, os ministros do Supremo Tribunal Federal sopesaram normas e princípios constitucionais conflitantes entre si.

A Constituição Federal é tanto norma suprema quanto organizadora do ordenamento jurídico, constituindo, pois, um verdadeiro “logradouro para dirimir conflitos e antinomias na legislação infraconstitucional”. No entanto, “ela mesma não deve apresentar nenhum tipo de incoerência” (VARGAS, 2011, p. 87).

Assim, na prática jurídica, normas e princípios constitucionais podem confrontar-se entre si, assim como as normas infraconstitucionais em relação àquelas, necessitando, pois da atuação hermenêutica do julgador ao decidir o caso, como no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/2009 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

Vale ressaltar que na própria Constituição Federal está insculpido o conceito de família e de união estável, mantendo a diversidade dos sexos como elemento central e necessário para a caracterização do instituto.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (g.n)

Ainda, a lei nº 9.278/1996 que reconheceu a união estável igualmente estabelece a distinção dos sexos como fator distintivo e necessário para o reconhecimento da união estável, veja-se:

família”. (grifo nosso).

²² O Supremo Tribunal Federal ao julgar a Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/08 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/2009 reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, através de uma interpretação analógica do instituto da união estável em relação à união entre pessoas do mesmo sexo, demonstrando claramente um posicionamento mais avançado valendo-se da Nova Hermenêutica para resolver o conflito, pautando-se em princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa com vistas a atender a necessidade emergida da própria sociedade. Íntegra das decisões disponíveis a partir de www.stf.jus.br.

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Por outro lado, a Carta Magna²³ consigna em vários de seus artigos a liberdade, a igualdade, a proibição de preconceitos ou qualquer outra forma de discriminação, abrangido pelo princípio da dignidade da pessoa humana e o da própria igualdade:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, **sem preconceitos** de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade, à igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] (g.n)

Outrossim, sendo o Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito, não há espaço para a imposição da norma legal diante da supressão de princípios inerentes à própria condição da pessoa humana.

Neste sentido, pondera Vargas (2011, p. 89):

[...] Em se tratando de esmiuçar e objetivar o princípio da dignidade, fundante do Estado Democrático de Direito, impende reconhecer que a orientação sexual é atributo inato e imutável da personalidade de um indivíduo, não pode haver discriminação e vedação de direito fundada nestas bases, sob pena de estar deferindo tratamento injustificável à pessoa natural.

²³ No decorrer da Constituição Federal identificam-se vários artigos pautados em princípios, a começar pelos objetivos traçados no Art. 3º, inciso IV, de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, o direito a liberdade, dentre outros expressos no magno texto.

Portanto, imaginar que a decisão dos Ministros do *Pretório Excelso* foi uma tarefa de fácil execução e conclusão, é fechar os olhos para o sistema normativo brasileiro *versus* a realidade social, haja vista o conflito existente entre a norma constitucional acerca do conceito sobre a definição da união estável, para o qual a diversidade dos sexos é condicionante necessária, face aos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da própria dignidade da pessoa humana, que inclusive é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil²⁴.

Nesta seara, “os dispositivos constitucionais devem ser entendidos como mutuamente implicados, sujeitando-se a uma interpretação cujos efeitos possam refletir-se no acatamento social, que, assim, lhe emprestaria eficácia plena” (VARGAS, 201, p. 87).

Por oportuno, importa salientar que a Nova Hermenêutica não desconsidera, e nem poderia sob pena de causar insegurança jurídica, as formas tradicionais de solução do conflito, com a utilização das normas como base.

Não obstante, a aplicação da tradicional técnica de interpretação em determinados julgados, como o apresentado neste tópico acerca da união entre pessoas homossexuais, pautando-se tão somente nas normas, desconsideraria por completo princípios constitucionais e mais que isso, a realidade social, a situação fática que inúmeros indivíduos brasileiros vivem e escolheram viver, que é de a se relacionar com alguém do mesmo sexo e mais que isso, com esta pessoa escolhida construir uma vida em comum.

Não mereciam, pois, a proteção do Estado tais pessoas?

As garantias constitucionais servem para todos, independentes do sexo, raça, cor, religião e o acesso à justiça, que também é garantia constitucional, deve ser entendido no sentido amplo, não se resumindo ao direito de ingressar com uma ação ou apresentar defesa, abrangendo a mais ampla prestação jurisdicional possível, equânime, razoável, com a efetiva aplicação dos princípios que norteiam e respaldam o ordenamento jurídico.

Desta forma, conclui-se que a nova hermenêutica amplia o horizonte daquilo que é conhecido como a aplicação da justiça, a partir do momento que ela relativiza a necessidade de utilizar um meio único de solução dos conflitos, que é a norma, devendo o julgador, ao prestar a tutela, pautar-se em princípios norteadores do direito em geral, em especial aqueles traçados na constituição, bem como, nas situações que regem a vida em sociedade, considerando o aspecto político, sociológico e ideológico de cada tempo.

Tal preceito é de tamanha importância que inúmeros concursos para ingresso na magistratura vêm exigindo conhecimento de disciplinas humanísticas, tais como, antropologia, sociologia, justamente porque a prestação jurisdicional não deve ser aplicada isoladamente com base nas normas, implicando dizer, mais uma vez, a necessidade de adequação das decisões a partir da Nova Hermenêutica.

²⁴ “CF/88 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana.”

Por fim, deve ser salientado que não é toda e qualquer decisão que pode ou deve ser objeto de apreciação hermenêutica pelo intérprete. Neste sentido, interessante observação tecida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso (2012, p. 10), veja-se:

“O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”.

Desta forma, é preciso parcimônia na decisão dos conflitos de forma a não haver a desvinculação do texto legal, tampouco se deve permitir a omissão estatal com relação aos direitos fundamentais, uma vez “os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988, reclamam maior efetividade” (CAMBI, 2011, p. 20), modificando o papel do Estado, que, no Estado Liberal, deve prezar pelas liberdades negativas caracterizadas pelo absentismo estatal, já no Estado do Bem-Estar Social, a prevalência é pela liberdade positiva cuja dimensão assume vertente eminentemente prestacional.

Por fim, em meio às mudanças de paradigmas que regem a conduta do Estado frente ao indivíduo está o Poder Judiciário e a consequente expansão da jurisdição com vista a assegurar não só o exercício das liberdades negativas, mas também a proteção, efetivação e concretização dos Direitos Fundamentais, sendo a interpretação constitucional de suma importância na concretização desta relevante e difícil missão jurisdicional.

CONCLUSÃO

A ciência do direito, como todas as demais ciências, sofre alteração ao longo do tempo em razão das próprias alterações surgidas na esfera social, especialmente porque o Direito se presta a regular a vida em sociedade, devendo ser aplicado não apenas a partir de uma perspectiva puramente legal (positiva), limitando-se ao texto normativo positivado, mas deverá considerar também outros aspectos essenciais, tais como, a cultura, o contexto social, dentre muitos outros a fim de atingir os destinatários da sua proteção, quais sejam, as pessoas.

Neste contexto, de alterações sociais e consequentes mudanças de paradigmas que regem a conduta do Estado frente ao indivíduo, está o Poder Judiciário e a consequente expansão da jurisdição com vista a assegurar não só o exercício das liberdades negativas já existentes, mas também a proteção, efetivação e concretização dos Direitos Fundamentais numa dimensão positiva, prestacional ou até de novas liberdades advindas da metamorfose

comportamental da própria sociedade.

A hermenêutica (interpretação) constitucional possibilita ao julgador uma análise permeada por fatores sociais, econômicos e até políticos próprios do contexto globalizado naturalmente embutido nas pessoas que buscam a tutela jurisdicional para satisfação de suas pretensões.

Isto porque é função do Estado garantir a proteção e efetivação dos direitos fundamentais especialmente quando tais direitos forem lesionados, incumbindo ao Poder Judiciário a proteção destes mesmos direitos com base no aparato jurídico-estatal existente. Ocorre que nem sempre a norma produz o resultado necessário para resguardar os direitos constitucionalmente previstos do indivíduo, demandando postura ativa do juiz na solução do caso concreto.

Desta forma, o princípio do acesso à justiça deve ser entendido em sentido amplo, sendo inconcebível a limitação do pensamento de que o acesso ao judiciário por meio de uma petição inicial já estaria efetivando tal princípio, ou seja, o direito de ação, muito embora seja de notória importância, não resume o acesso à justiça, ao contrário, ter o direito de ação exercido perante o Poder Judiciário é tão somente um dos desdobramentos dentre os vários existentes do acesso à justiça.

Assim, se o direito de ação é garantia constitucional para solução dos conflitos por meio da tutela jurisdicional exercida pelo Estado, a este último compete garantir o acesso à justiça em sentido amplo, através da interpretação pautada não apenas na técnica de subsunção do fato à norma (positivismo), mas levando à soma fatores principiológicos, sociais, culturais e evolutivos da sociedade, a partir da hermenêutica aplicada as decisões em que a interpretação de mostre necessária.

Ressalta-se que a utilização e aplicação desta técnica interpretativa não desconsidera os métodos tradicionais, como a utilização das normas para solução do conflito, até porque, nos termos justificados ao decorrer do texto, decisões sem o mínimo de previsão normativa causaria insegurança jurídica, e o ordenamento, conseqüentemente, poderia estar condenado à instabilidade e desordem.

No entanto, ao ignorar a Nova Hermenêutica, o julgador poderá ferir não apenas o princípio do acesso à justiça, mas muitos outros trazidos à tona em cada caso posto sob apreciação do Poder Judiciário, ao passo que a realidade social e concreta do indivíduo também poderá estar sendo desconsiderada.

Posto isto, é necessário que o Estado, por meio do Poder Judiciário, trace uma visão pautada na hermenêutica constitucional, modificando conceitos, abdicando de decisões legalistas que desconsiderem fatores sociais, a condição humana de cada um e mais que isso, os princípios constitucionais e norteadores do direito em geral.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade Democrática. *[Syn]thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais da Universidade do*

Rio de Janeiro. 2012, vol. 5 n° 2.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. *Código civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 132/2006. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+132%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n° 4.277/2009. Requerente: Procurador Geral da República. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>

MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. 6. Rio de Janeiro: Borsoi Editor, 1956.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Teoria do Estado*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Livraria Progresso, 1961.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rângel. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo, Saraiva: 2008.

HOFFE, Otfried. A igualdade como princípio da Justiça: Reflexões Filosóficas em Tempos de Globalização. *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná*, n° 8 (janeiro – junho), 2008.

MOREIRA, Adilson José. *União homoafetiva: a construção da igualdade na Jurisprudência brasileira*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi Editor, 1956.

PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental do acesso à Justiça. In: *Scientia*

Iuris: revista do curso de mestrado em Direito Negocial da UEL. Vol. 1, n. 1, jul-dez 1997, Londrina: Editora da UEL, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. 7 ed. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VARGAS, Fabio de Oliveira. *União homoafetiva: direitos sucessórios e novos direitos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida; TOMASZEWSKI, Wesley. *Alguns Apontamentos sobre a Cláusula Geral da Boa-Fé Objetiva e seus Desdobramentos Hermenêuticos na Esfera Negocial. Lições Fundamentais de Direito*. Londrina: Midiograf, 2006.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: Do Modelo Juspositivista-Legalista do Século XIX às Novas Perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DELIMITAÇÃO DO PERFIL CONSTITUCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO E A IDEOLOGIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Bruno Prado Beraldo²⁵

Gisele Caversan Beltrami Marcato²⁶

RESUMO:

O atual modelo de Estado brasileiro é Democrático de Direito, conforme previsto no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Tem-se como breve conceito de Estado Democrático aquele onde o titular do poder estatal é o povo que o exerce através de representantes legais por ele escolhidos. Por outro lado, se configura um Estado de Direito quando há uma Lei Maior à qual todos os cidadãos são subordinados. Está inserido neste último modelo o Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito. O primeiro destes caracteriza-se pela limitação da atividade estatal e pela consagração dos Direitos Fundamentais de primeira dimensão, sendo baseado no direito à liberdade, de forma a tutelar os direitos individuais dos cidadãos, enquanto o segundo foi responsável por incluir na Carta de Direitos do povo os Direitos Fundamentais de segunda dimensão, tendo como destaques o direito à igualdade material e os direitos sociais, oponíveis contra o Estado e que exigem deste uma conduta positiva. Por fim, o Estado Democrático de Direito une as características do Estado Liberal e do Estado Social, além de estabelecer que o poder emana do povo. Nesse sentido, a pesquisa situa a Constituição Federal de 1988 que com seu perfil delinea o modelo de Estado Democrático de Direito e é analisada no presente trabalho como acoplamento estrutural do sistema político e jurídico de acordo com a Teoria dos Sistemas de Luhmann.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico analisa os modelos de Estado de Direito (Liberal e Social) e Democrático, analisando como surgiram, em que se fundamentam, quais os princípios que os norteiam e como ocorreu a transição do primeiro para o segundo, com o fim de estabelecer suas características principais para constatar qual delas prevalecem no Brasil, além de analisar qual a ideologia presente na Constituição Federal de 1988.

Escolheu-se o tema pela importância prática de se saber qual é o modelo de Estado vigente no país, sendo que traz consigo princípios norteadores para a aplicação do ordenamento jurídico vigente, importando em consequências concretas na vida da sociedade e na efetivação dos direitos constitucionalmente previstos.

Foram usados na elaboração do presente os métodos histórico e dedutivo, donde partiu-se da análise do modelo de Estado preconizado pela Constituição Federal de 1988, como forma de demonstrar que deste advém o equilíbrio entre os sistemas político e jurídico.

Utilizou-se obras doutrinárias e artigos jurídicos sobre a presente

²⁵ Discente do 7º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

²⁶ Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. gi_beltrami@yahoo.com.br. Orientadora do trabalho.

temática, tendo como referencial teórico Luhmann e Bobbio.

A escolha do presente tema se justifica pela necessidade de engajamento e equilíbrio entre os sistemas políticos e jurídicos como forma de alcance de decisões que seja simultaneamente eficaz e justa (legal).

Desse modo, a presente pesquisa objetivou identificar o modelo de Estado Democrático de Direito como resultado de um processo histórico evolutivo, capaz de produzir decisões equânimes que corresponda as demandas da sociedade que regulamenta.

Nesse sentido, a problemática enfrentada foi analisar se referido modelo de Estado e o perfil da sociedade que o regulamenta é capaz de produzir decisões eficazes, justas e que corresponda a demanda da sociedade moderna.

1 ESTADO LIBERAL

O Estado Liberal foi o primeiro modelo aplicado no pós-absolutismo e surgiu com o objetivo de colocar limites à atuação do poder estatal, que até então era ilimitado e concentrado na pessoa do governante.

Tão pouca era ingerência que exercia na sociedade que ficou conhecido como Estado mínimo, sendo que sua preocupação se resumia, fundamentalmente, em assegurar o direito à liberdade dos cidadãos e a manter a segurança.

O direito à liberdade é a base desse modelo, no qual se destaca a autonomia das vontades e a expressão oriunda do Direito francês “laissez faire”, que significa “deixe fazer”, de forma que as pessoas eram livres para agir, principalmente na esfera contratual.

Ver-se-á abaixo de modo mais aprofundado o contexto da origem do Estado Liberal, bem como seus fundamentos e características.

1.1 Contexto histórico da origem do Estado Liberal

O Estado Liberal surgiu no século XVIII contrastando com o modelo de Estado até então vigente, qual seja, o absolutista, que existiu durante um período da Idade Média e na Idade Moderna.

No absolutismo europeu, todo poder era concentrado na pessoa do rei, que exercia, por si ou através de seus auxiliares, ilimitadamente as funções de criar as regras às quais os demais eram submetidos, podendo ser moduladas à volição daquele; administrar o reino, executando as regras; e julgar, quando de seu interesse, segundo seus próprios parâmetros, de forma que o Direito era integralmente emanado do rei e fundamentado em sua vontade.

Nesse modelo, o Estado adotava as práticas econômicas mercantilistas, buscando o acúmulo de riquezas em minérios nobres, como ouro e prata, e uma balança comercial favorável, que consistia em um maior volume de exportações do que de importações, estas desestimuladas pelo protecionismo alfandegário.

O regime econômico adotado era desfavorável à burguesia porque se via obrigada a pagar altos impostos para manter os luxos de clero e nobreza. A

burguesia era a classe formada por comerciantes e artesãos que, apesar de ter adquirido grande poder econômico com o desenvolvimento das cidades iniciado na baixa Idade Média, era desprovida de poder político.

Também não se beneficiavam com esse regime os trabalhadores e camponeses, que eram destituídos tanto de poder econômico como de poder político e não escapavam da cobrança de elevada carga tributária.

Desenvolveu-se, portanto, insuportável desigualdade política e social. Em um extremo, no topo da pirâmide hierárquica, estava parcela minúscula da população formada por clero e nobreza, que vivia em luxo e gozava de diversos privilégios, enquanto no outro extremo encontrava-se o sustento da pirâmide, a massa da população composta por trabalhadores, camponeses e burgueses.

Essa situação chegou a um ponto insustentável e culminou na Revolução Francesa de 1789, colocando fim ao sistema absolutista na França e abrindo as portas para o nascimento do Estado Liberal.

1.2 Fundamentos e características do Estado Liberal

O Estado Liberal é construído sob os direitos à liberdade, como o próprio nome nos remete, e à igualdade formal e sob os princípios da não intervenção estatal, da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos (*pacta sunt servanda*), da autonomia da vontade e da liberdade contratual.

Consagram-se neste modelo os Direitos Fundamentais de primeira dimensão (ou geração, como utilizado por alguns doutrinadores). Sobre estes, doutrina Bonavides (2001, p. 517) que:

Os direitos da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

O direito à liberdade se manifesta durante este período principalmente na faculdade de se fazer contratos livremente (princípio da liberdade contratual), sem que o Estado intervenha no conteúdo destes e tampouco na relação entre as partes.

Vigora o princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual os contratos devem ser cumpridos da forma como foram entabulados, pois as partes, no momento da celebração, manifestam suas vontades de forma livre e autônoma. Ou seja, como ninguém as obriga a assinar o contrato, mas assim o fazem por livre e espontânea vontade, são obrigadas a cumprir o que pactuaram.

Neste sistema, dá-se muito valor aos contratos, sendo estes equiparados a leis.

Outro pilar em que este Estado se fundamenta é o direito à igualdade, vista tão somente no sentido formal, de maneira que todos (inclusive o próprio Estado) são submetidos igualmente à lei, que é geral e abstrata, sem qualquer

distinção.

Significa dizer que a todos é dado abstratamente o mesmo tratamento e as mesmas oportunidades, deixando de lado a situação de fato que evidencia acentuada desigualdade, afastando a sociedade da igualdade material.

Essa observância única à igualdade formal, ignorando-se a igualdade material, possibilita que o abismo entre os extremos da sociedade somente se dilate, pois, como o conteúdo dos contratos é quase ilimitado, os detentores dos meios de produção podem explorar cada vez mais os trabalhadores que, sem vislumbrarem meio alternativo de subsistência, aceitam se submeter a condições degradantes e miseráveis.

O princípio da não intervenção estatal se aplica não só aos contratos, mas a toda economia, de forma que o Estado deve simplesmente deixar com que a economia se autorregule através da “lei” da oferta e da procura.

O Estado Liberal, por intervir somente no essencial, ficou conhecido como Estado Mínimo.

Limita-se somente a assegurar à população os direitos e garantias individuais, que são “erga omnes”, ou seja, pertencem a todos e são oponíveis contra todos, inclusive contra o próprio Estado. Desta forma, os sujeitos deixaram de ser súditos e passaram a ser cidadãos.

Sobre o “arcabouço teórico do Estado Liberal” (MALUF, 2010, p. 145), doutrina Maluf (2010, p. 145) o que se segue:

Quer sob a forma de monarquia constitucional, quer sob a forma republicana, a organização traduzia os ideais que empolgaram o mundo ao tempo das revoluções populares inglesa, norte-americana e francesa: soberania nacional, exercida através do sistema representativo de governo; regime constitucional, limitando o poder de mando e assegurando a supremacia da lei; divisão do poder em três órgãos distintos (Legislativo, Executivo e Judiciário) com limitações recíprocas garantidoras das liberdades públicas; separação nítida entre o direito público e o direito privado; neutralidade do Estado em matéria de fé religiosa; liberdade, no sentido de não ser o homem obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; igualdade jurídica, sem distinção de classe, raça, cor, sexo, ou crença; igual oportunidade de enriquecimento e de acesso aos cargos públicos, às conquistas da ciência e à cultura universitária; não-intervenção do poder público na economia particular.

Com essas características, surgiu, nesse período, o Estado de Direito, que será tratado no item “4” deste artigo, mas, pode-se dizer desde logo que é o modelo onde todos estão subordinados a uma lei maior.

2 ESTADO SOCIAL

O Estado Social busca a realização de justiça social e o bem estar da sociedade, se fundamentado, para tanto, no princípio da igualdade material.

Observa, portanto, a situação fática existente e cria normas que favorecem os hipossuficientes, com fim de aproximar substancialmente os extremos da população.

Além do mais, consagra inúmeros direitos sociais que passam a integral o rol dos Direitos Fundamentais do cidadão.

Essas características citadas exigem do Estado uma conduta ativa, intervindo positivamente em questões sociais e econômicas.

2.1 Contexto histórico da origem do Estado Social

A desigualdade social que existiu nos Estados absolutistas se manteve nos Estados liberais, pelos motivos *retro* expostos.

Com brilhantismo, Maluf (2010, p.146) ilustra a situação existente, nesses termos:

O contraste era chocante: fortunas imensas se acumulavam nas mãos dos dirigentes do poder econômico; o luxo, a ostentação, a ânsia irrefreada de ganhar cada vez mais criaram o conflito entre as classes patronais e assalariadas. Organizaram-se as grandes empresas, os *trusts*, os cartéis, os monopólios e todas as formas de abuso do poder econômico, acentuando-se cada vez mais o desequilíbrio social. E o Estado liberal a tudo assiste de braços cruzados, limitando-se a *policar* a ordem pública. É o Estado-Polícia (*L'État Gendarme*). Indiferente ao drama doloroso da imensa maioria espoliada, deixa que o forte esmague o fraco, enquanto a igualdade se torna uma ficção e a liberdade uma utopia.

Em condição desumana e degradante, a massa de trabalhadores era exposta a jornadas de trabalhos extensas e ininterruptas. Essa situação gerou enorme descontentamento da população, que não mais suportava a exploração a que vinha sendo submetida. Diante disso, os trabalhadores se organizaram com o fim de reivindicar melhores condições de trabalho, de moradia e de qualidade de vida.

Expõe Maluf (2010, p. 147) com propriedade sobre o que se passava com as multidões que:

As multidões espoliadas, oprimidas, sem lar, agasalhos, sem pão, sem a fé em Deus, que o infortúnio faz desaparecer do coração dos homens, começam a reagir violentamente contra as injustiças sociais, já agora

arregimentadas sob a bandeira do socialismo materialista, levando o Estado liberal ao dilema de reformar-se ou perecer.

A Revolução Russa de 1917, realizada por operários resistentes à exploração, intensificou os movimentos sociais do ocidente. Tamanha a insatisfação do povo, que os movimentos sociais cresceram rapidamente, exercendo intensa pressão popular sobre o governo.

Receosa de que o Estado Liberal sofresse uma mudança brusca de rumo, a burguesia, agora detentora de poderes políticos e grande beneficiária deste sistema que possibilitava seu desenvolvimento e enriquecimento, estabelece direitos sociais com o intuito de conter o avanço da revolução e evitar que o Estado percesse.

Acerca deste momento histórico, doutrinam Souto Maior e Correia (2007, p. 19) que:

Foi a partir das diversas tensões da sociedade industrial em formação no âmbito mundial, com todos os seus efeitos reais, guerras, greves, revoltas, reivindicações, mortes e mutilações, que se necessitou sair do modelo político liberal para se chegar ao Estado social, ou Estado Providência, ou, ainda, Estado do Bem-Estar Social.

Nesse contexto, nasce o Estado Social, cuja tutela transcende a esfera da liberdade do indivíduo e passa a se preocupar também com o seu bem estar, assegurando-o direitos como à saúde, moradia, educação, lazer, trabalho e alimentação.

2.2 Fundamentos e características do Estado Social

O Estado Social tem como características a intervenção do Estado na economia, a busca à igualdade material e a realização de justiça social.

Vê-se, de plano, uma oposição ao Estado Liberal (“Estado Mínimo”). Enquanto este era limitado e caracterizado pela omissão, o Estado Social atua comissivamente na busca do bem estar da sociedade, efetivando os novos direitos tutelados.

O Estado Liberal, por ser guiado pela liberdade formal, era indiferente à desigualdade das classes e cego à realidade da sociedade. Com o advento da igualdade material como novo princípio norteador do Estado, este abre seus olhos para a situação de fato e cria mecanismos para diminuir a diferença material entre os extremos sociais da população.

Efetiva-se, portanto, o tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades. Ou seja, o Estado passa a observar as necessidades das classes menos favorecidas e começa a tratá-las como tal, concedendo-as condições mais propícias de desenvolvimento.

Outra característica desse modelo de Estado (Social) é o maior número

de direitos materiais subjetivos elencados na Constituição quando comparado com o rol elencado no Estado anterior.

O Estado Social não excluiu os direitos já presentes no Estado Liberal, conhecidos como direitos de primeira dimensão, fundados na ideia de liberdade; pelo contrário, ampliou a carta de direitos do cidadão acrescentando os direitos sociais, denominados de direitos de segunda dimensão e alicerçados no direito à igualdade material.

São exemplos de direitos sociais: direito à saúde, moradia, segurança, trabalho, alimentação, lazer, família, cultura.

A própria natureza desses direitos exige do Estado uma conduta positiva para que eles sejam efetivados. É também pela natureza dos direitos sociais tutelados pelo Estado Social que este é conhecido como Estado de Bem Estar. Passa-se a se preocupar com a qualidade de vida dos cidadãos.

A primeira Constituição a prever direitos sociais foi a do México de 1917, que, apesar de ser a pioneira neste sentido, não teve a mesma expressão de outra que viria dois anos depois.

Em 1919, sobreveio a Constituição Alemã (de Weimar), representando um marco na era dos direitos sociais.

3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é a fusão do Estado Democrático com o Estado de Direito e apresenta características do Estado Liberal e do Estado Social. Surgiu com o fim de estabelecer a soberania popular, característica que inexistia nos estados socialistas.

No Estado Democrático, o poder emana do povo, que participa direta ou indiretamente da política do país. Isto implica dizer que os cidadãos são sujeito ativo nas decisões políticas do Governo, ao mesmo tempo em que são objeto das mesmas. Ou seja, as decisões são tomadas pelo povo, direta ou indiretamente, e são a ele direcionadas.

No Estado de Direito, há uma Lei Maior incidente em delimitado território e a determinado povo, à qual todas as demais leis se subordinam. Os direitos e garantias nela previstos são *erga omnes*, alegáveis por todos e contra todos, inclusive versus o próprio Estado.

De forma precisa, Sundfeld (2000, p.38/39) conceitua Estado de Direito como o:

Criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.

Neste modelo, os poder estatal, que é uno e indivisível, é exercido por órgãos independentes e harmônicos entre si, responsáveis por realizar as funções executiva, legislativa e judiciária, presentes no sistema de separação dos “poderes” idealizado por Montesquieu, de forma a desempenhar o sistema de freios e contrapesos, onde um órgão fiscaliza o outro, mantendo o equilíbrio.

O Estado Democrático de Direito absorveu características e fundamentos de diferentes modelos estatais: do Estado Liberal, os Direitos Fundamentais de primeira dimensão, que têm o direito à liberdade como seu principal pilar e envolvem os direitos individuais das pessoas, além de estabelecer uma Lei Suprema que limita e rege os poderes estatais; do Estado Social, os Direitos Fundamentais de segunda dimensão, cuja base se encontra no direito à igualdade material e nos direitos sociais, que exigem uma atuação positiva do Estado; e do Estado Democrático, a participação do povo na política, concedendo a este a titularidade do poder estatal.

Ainda, há uma relação de interdependência entre o Estado de Direito (Liberal ou Social) e o Democrático, conforme magistralmente lecionado por Bobbio (1986, p. 20), *ipsis litteris*:

Estado Liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais.

Com este novo modelo de Estado formado, qual seja, o Democrático de Direito, surgiram os Direitos Fundamentais de terceira dimensão, que são os direitos difusos e coletivos, protetores de bem jurídicos que pertencem a todos, como o meio ambiente e a moralidade da administração pública.

4 A IDEOLOGIA DA CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O ACOPLAMENTO DOS SISTEMAS JURÍDICO E POLÍTICO

De maneira geral, Luhmann, diante da multilateralidade e da policontextualidade da sociedade, pretendeu analisá-la como um conjunto de sistemas autônomos e fechados, constituídos por códigos próprios. A união de todos esses sistemas, denominou de ambiente.

Isso corresponde à complexidade e pluralidade da sociedade moderna.

Cada sistema é autônomo, segundo LUHMANN (1986, p. 85), para produzir determinada decisão, e se pauta em códigos próprios. Por exemplo, o

sistema jurídico, produz suas decisões, pautado no código lícito/ilícito, o sistema político no código poder/ não poder e o econômico no ter/não ter.

Segundo LUHMANN (1993, p. 38-123) essa alterabilidade do sistema a partir de códigos próprios, caracterizando o sistema como autônomo e fechado, recebe o nome de autopoiese.

Em linhas gerais a Teoria dos Sistemas pode ser considerada como uma interação dos mais variados sistemas com o ambiente.

Nesse momento, ganha importância à análise da relação entre dois sistemas: o sistema jurídico e o sistema político.

O papel da Constituição Federal no Estado de Direito é, justamente, diferenciar através de suas normas, a política do direito e vice-versa.

Por isso, no viés abordado pela pesquisa, a Constituição será analisada como produto do processo evolutivo da sociedade moderna.

Desse modo, a Constituição é vista como resultado do processo evolutivo, que tem seu start em um Estado de natureza, que na concepção de Rousseau, vivia-se livre e de forma isolada e benevolente, até que esse estado de felicidade natural na qual o homem vivia sob a forma do “bom selvagem” termina com o surgimento da propriedade privada, dando origem ao estado de sociedade, marcado pela guerra de todos contra todos na disputa pela propriedade privada. Nesse momento, surge a ideia de contrato social ou pacto político, na qual uma das partes transfere a outra (Estado) sua liberdade, de maneira voluntária e livre, legitimando o poder deste (soberano), em contrapartida, este fica responsável em garantir a segurança a todos de maneira indistinta. O que se denomina de pacto de poder ou contrato social.

Em seguida, no Estado absolutista a demanda de uma sociedade eminentemente burguesa não era mais atendida por esse modelo de Estado. Nesse momento, as revoluções que marcaram o século XVIII ensejam o surgimento do constitucionalismo moderno que traz uma Constituição que engloba tanto o aspecto normativo (jurídico) quanto o político, caracterizando-se em uma Constituição abrangente e universal.

Pode-se exemplificar esse modelo de Constituição através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que é considerada moderna, justamente, por inserir em seu corpo essa diferenciação entre o político e o jurídico.

Nesse contexto, é possível compreender a Constituição como meio jurídico de limitação ao poder governamental, já que atua como limitador de arbitrariedades política, característica típica de um Estado Liberal. Ressalta-se que, nesse sentido, a Constituição não é vista, necessariamente, como uma declaração de valores inerentes a pessoa humana conquistados historicamente – como ocorre na acepção de Canotilho. Nem tão pouco, é vista como um “conceito ideal” e estrutural concebido por Carl Schmitt, que preconiza que a Constituição deve, obrigatoriamente, ser escrita, trazer normas de estruturação do Estado e o núcleo de direitos fundamentais.

De acordo com Luhmann a Constituição é verdadeiro “acoplamento estrutural” entre a política e o direito (político X jurídico), pois os diferencia.

Cai por terra a Constituição como simples catálogo de direitos

prestacionais, agora, típica de um Estado Social. Pelo contrário: a Constituição passa a ser tida como um mecanismo de inter-relação entre o sistema jurídico e o político.

Uma sociedade onde é possível identificar o sistema jurídico, autonomamente, do sistema político e vice-versa. Entretanto, é preciso um mecanismo de interpenetração permanente entre esses sistemas, de modo a permitir a influências de um sistema no outro. Não se trata de mero vínculo entre os sistemas. É como se na autopoiese de um sistema sofresse a permanente influência do outro, contando com suas particularidades.

A Constituição do Estado Democrático de Direito deve fazer o acoplamento estrutural entre os dois sistemas, permitindo a troca de influências entre eles.

NEVES (2008, p. 98) bem explica essa troca ocorrida entre os sistemas, jurídico e político, proporcionada pela Constituição, ao explicar sobre a Teoria dos Sistemas de Luhmann:

A Constituição assume a forma de acoplamento estrutural entre direito e política, filtrando-as. Como “forma de dois lados” (Zwei-Seiten-Form), inclui e exclui, limita e facilita simultaneamente a influência entre ambos os sistemas. (...) Enquanto para a política é provocadora de irritações, perturbações e surpresas jurídicas, para o direito provoca irritações, perturbações e surpresas políticas. Nesse sentido, “possibilita uma solução jurídica do problema de auto-referência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do sistema jurídico”.

Evidente que nenhuma teoria social é completa e perfeita. Entretanto, a Teoria dos Sistemas de Luhmann é, sem dúvida, extremamente abrangente à medida que visualiza a sociedade como o conjunto de vários sistemas e a interação recíproca entre eles. O que possibilita uma visão ampla, abrangente do mundo social.

Não se concentra apenas em um dos sistemas que compõe a sociedade. Por isso, na relação “input/output”, onde o Estado deve responder as demandas sociais, pela Teoria dos Sistemas, as respostas e soluções, mesmo que inerentes a apenas um dos sistemas, sofrerá influências dos demais, sendo mais completa possível.

Quando se pensa em um sistema de maneira isolada e em sua capacidade de se auto reproduzir, está-se diante da autopoiese já mencionada anteriormente. A autopoiese transmite a ideia de um sistema autossuficiente e fechado, capaz de solucionar sozinho o conflito formado em seu interior, sem necessidade de sofrer influência dos demais sistemas.

Por exemplo, pensar no sistema jurídico capaz de atender todas as expectativas normativas do cidadão em relação à lei, isto é, apenas com a aplicação do código de diferença lícito/ilícito pode deixar-se de atender a

demanda jurídica de uma sociedade.

Imaginemos a situação de um juiz que deve decidir acerca de uma ação de obrigação de fazer com pedido de tratamento médico ou medicamentos de um pai que tendo um filho deficiente não consegue suportar os gastos desse tratamento, pleiteia-o face ao Estado.

O mérito da causa, no nosso exemplo, é decidir sobre a condenação ou não do Estado em custear o tratamento médico da criança. Nesse exemplo, aplicar o código específico do sistema jurídico seria julgar se o seria lícito ou ilícito o Estado ser condenado a cumprir essa obrigação.

O Estado, por sua vez, alega como matéria de defesa a tese da “reserva do possível” alegando que não há no seu orçamento recurso financeiro disponível para custear referido tratamento. Essa matéria de defesa alegada pelo Estado é eminentemente de natureza econômica.

Decidindo somente pautado na defesa do Estado o juiz preferindo sua decisão sob o código do sistema econômico ter/não ter.

Entretanto, desprezar essa alegação e decidir somente pautado no sistema jurídico poderá trazer consequências desastrosas também. Afetando-se, talvez, todo um planejamento orçamentário relacionado a política de saúde do Estado.

Por isso, essa decisão deve atender o interesse político, econômico e também o jurídico e não apenas um ou outro.

Veja que o sistema jurídico se reproduz mediante a repetição de seu elemento essencial: a decisão. Através da aplicação de uma norma jurídica obtém-se a decisão judicial. Trata-se do ciclo: ato-norma-ato (decisão), o que constitui o movimento autopoiético do sistema jurídico. Suas normas são derivadas de outras normas, e as decisões são pautadas em outras decisões que por sua vez se sustentam em normas.

Cumprir referir, entretanto, que o sistema jurídico não consegue fornecer sempre decisões satisfatórias e estáveis à sociedade sempre.

E isso não é uma característica que pertença, exclusivamente, ao sistema jurídico. Por vezes, o sistema político, econômico, familiar não conseguirá única e exclusivamente através da autopoiese responder às demandas sociais.

O produto da autopoiese no sistema jurídico, afeta e influencia o produto da autopoiese dos demais sistemas que compõe uma sociedade.

Pensar em sistemas fechados e autossuficientes seria possível apenas em uma sociedade de baixa complexidade, onde se pode identificar papéis sociais bem definidos, instituições bem definidas e que possam perdurar no tempo, uma homogeneidade marcante, baixa expectativa de mudança e revolução, direitos bem definidos, etc.

Nesse caso, fica mais fácil a tarefa de regular as relações sociais de uma sociedade pouco complexa. O sistema jurídico daria respostas satisfatórias às demandas sociais, assim como os outros sistemas.

O direito está intimamente ligado à sociedade que regula. São indissociáveis. Pensar em um sistema jurídico desconectado da sociedade resulta em decisões judiciais que não atenderá as expectativas sociais. Frisa-se: ainda

mais em uma sociedade complexa, onde não é possível se ter homogeneidade, poucas mudanças, papéis sociais bem definidos, instituições tradicionais, etc.

A autopoiese é algo necessário e imprescindível para o fortalecimento dos sistemas e a manutenção do arranjo social.

Entretanto, é necessário para a evolução do próprio sistema, o que permitirá responder às demandas sociais da sociedade onde encontra-se inserido, uma interação com outros sistemas. É, exatamente, nesse ponto que reside à evolução do sistema, e da própria sociedade.

Assim ocorrem às influências de um sistema em outro, como explica Luhmann (1997, p. 228): Significa, por exemplo, que a economia, enquanto forma de pagamento em dinheiro, não entra no Direito, mas é “decodificada” juridicamente em legal ou ilegal.

Isso significa que um sistema não pode se auto-reproduzir a partir do código de um outro sistema, pelo contrário, é preciso decodificar o código do outro sistema e codificar segundo seu próprio código. Do contrário teríamos, por exemplo, decisões ilegais. Como no exemplo acima citado, julgar única e exclusivamente no código ter/não leva a uma decisão ilegal. É preciso a interferência entre os sistemas.

Essa permanente e necessária influência entre os sistemas (heteropoiese) é circular e não hierarquizada, como acontece em Estados autocráticos, onde o jurídico se subordina ao político.

Mas, em um Estado de Direito as influências advindas do entorno de um sistema, isto é, o acoplamento estrutural entre os sistemas advém, justamente, da Constituição.

A ideologia presente em uma Constituição que regula um Estado Democrático de Direito é a de delinear os vários sistemas que formam uma sociedade e permitir um diálogo entre eles, de modo a ter decisões políticas lícitas e decisões jurídicas que atendam ao justo interesse político.

Isso significa que as influências advindas do sistema político através do código de diferença próprio são decodificados e seguidamente codificados para o código próprio do sistema jurídico e vice-versa.

Por isso, a Constituição é instrumento de interpenetração de um sistema em outro.

Se analisarmos a Constituição do ponto de vista do sistema jurídico, esta representará a estrutura normativa que possibilita a autonomia do sistema, uma vez que, o sistema jurídico quando se auto-reproduz através do código de diferença lícito/ilícito faz isso se sustentando nos preceitos esculpido na própria Constituição.

A Constituição delimita as fronteiras do sistema jurídico à medida que impede que critérios externos como moral, política, dinheiro tenham validade imediata no sistema jurídico. A Constituição garante o sistema fechado e, desse modo, o fortalece.

Por isso, qualquer influência do sistema político através da formulação de leis sofrerá a limitação do código constitucional/inconstitucional, o que limita a atuação legislativa, através de normas jurídicas previstas na Constituição.

A consequência disso é que o sistema político sofrerá influência do sistema jurídico na elaboração de novas leis. Não se podendo falar em sobreposição do sistema político sobre o sistema jurídico.

Nesse sentido, a Constituição age no sistema político o imunizando de pressões particularistas.

E nesse momento entra em cena a principal característica, agora, do Estado Democrático: essa imunização do sistema político através do jurídico ocorre através do processo eleitoral democrático e a repartição de poderes, impedindo que o sistema político atue em favor de interesses particulares.

A Constituição em um Estado Democrático de Direito para permitir o acoplamento estrutural do sistema político com o jurídico e vice-versa, obrigatoriamente, disciplinará o processo eleitoral democrático, a divisão de poderes e o catálogo de direitos fundamentais, garantindo a relação circular entre os sistemas e não hierarquizada, onde um se sobrepõe ao outro.

Os direitos fundamentais representam um limite para a atuação do sistema político. Os direitos fundamentais devem ser compreendidos como a reunião dos direitos e garantias individuais, direitos de cidadania e participação política.

Nesse sentido, as decisões políticas estão intimamente ligadas e limitadas a esse catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição, sendo proibida qualquer decisão política que os viole.

É possível observar que os sistemas assumem posição de centralidade dentro da Teoria dos Sistemas. Por esse motivo surgem severas críticas, no sentido, de se atribuir a essa teoria a característica de anti-humanista.

NEVES (2004, p. 126) rebate essa crítica com a alegação de que:

O anti-humanismo metodológico foi mal compreendido. Não se trata de um anti-humanismo ético, mas antes lhe subjaz um "humanismo ético", ao não incluir o homem como parte da sociedade: ele é um problema para a sociedade, que deve ser enfrentado considerando-se a autonomia do sistema psíquico e do sistema biológico nele envolvido. É evidente que não pode haver sociedade (pois não pode haver comunicação) sem que haja o homem. O homem é uma condição de possibilidade de comunicação e da sociedade.

O homem faz parte do ambiente da sociedade. A sociedade é produto das comunicações entre os sistemas e a comunicação jamais poderia acontecer sem o homem. Foi, exatamente, o fato de colocar o homem não como parte integrante da sociedade, mas sim como parte do ambiente da sociedade que levou Luhmann a sofrer várias críticas. Ocorre que, Luhmann vê o homem como um problema para a sociedade, como também, vê a sociedade como um problema para o homem. O que evidencia um grande respeito pelo homem. Enfim, na visão de Luhmann a sociedade e o homem são interdependentes, ou seja, um se diferencia do outro, porém imprescindíveis entre si.

O papel do homem nesse jogo entre os sistemas ganha destaque no processo eleitoral democrático através da participação democrática, nos direitos fundamentais (a ele direcionado), nas decisões e soluções às demandas sociais que nele se originam, e a luta para efetivação de direitos de sua titularidade.

Desse modo, o homem é o objetivo central de toda essa sistemática é o problema da sociedade, como dito alhures, mas é também o canal para a solução.

CONCLUSÃO

O modelo estatal vigente no Brasil por previsão do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o Democrático de Direito, dispositivo este que estabelece em seu parágrafo único que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (citação da CF).

Estão presentes no Brasil, portanto, conforme previsto no parágrafo único do dispositivo constitucional citado *supra* e nos incisos do artigo 14 da mesma Carta, ambas as modalidades de participação popular, que acontece através de: representantes eleitos (participação indireta) e plebiscito, referendo e iniciativa popular (participação direta).

Vê-se que o legislador constituinte preocupou-se não somente em determinar que todo poder emana do povo, mas também em fixar meios pelos quais o povo pode exercer sua soberania.

Para se delimitar o perfil constitucional de um Estado é essencial observar a natureza dos Direitos Fundamentais nela previstos de forma sistemática e teleológica, haja vista que esses Direitos impõem ao Estado uma forma de agir, limitando sua atuação em uns momentos e exigindo que atue em outros.

Ao analisar o conteúdo da Carta de Outubro, é de se notar que diversos dispositivos constitucionais trazem princípios e direitos consagrados no Estado Social.

Nesse sentido, fixou a Constituição como objetivos fundamentais da república, além de outros: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceito ou discriminação de qualquer natureza.

Ainda, ao tratar da ordem econômica e financeira (Título VII), a Carta Magna manteve a ideologia social e incorporou à economia regras e princípios que objetivam alcançar a justiça social.

Além disso, os direitos sociais à saúde e à educação foram inseridos no Título II do texto constitucional, alcançando o *status* de Direito Fundamental, o que implica dizer que possuem aplicabilidade imediata, por força do artigo quinto, parágrafo primeiro.

Como se vê, a busca pelo bem estar social está claramente presente na Constituição, trazendo ao Estado a obrigação de ter condutas positivas para que esse fim seja alcançado.

Sobre o tema, leciona Araújo (2008, p.100) que “a busca do bem-estar social permeia toda a Constituição Federal de 1988, de tal modo que esse aspecto não pode ser desconsiderado na tarefa de delimitar o perfil Constitucional do Estado brasileiro”.

Destarte, conclui-se das considerações expostas acima que o perfil estatal estabelecido pela Constituição Federal é o Estado Democrático Social de Direito.

E com esse perfil de Estado estabelecido na Constituição Federal, é que a presente pesquisa lançou mão da Teoria dos Sistemas de Luhmann, que aplicada ao Direito que regula determinada sociedade, vê a Constituição Federal como um acoplamento estrutural entre o sistema política e o jurídico.

Esse acoplamento estrutural trazido pela Constituição é que dá equilíbrio a junção do Estado de Direito com Estado Democrático.

Isso significa que é a Constituição que regula o Estado Democrático de Direito, impedindo que o sistema político se sobreponha ao jurídico, donde teríamos decisões pautadas em particularismos e privilégios sem fundamento legal. De igual forma, impede que o sistema jurídico se sobreponha ao sistema político, donde resultará decisões sem eficácia que não são capazes de responder as demandas sociais.

O viés dado pela Teoria dos Sistemas de Luhmann possibilita o equilíbrio entre os sistemas político e jurídico e a manutenção do modelo de Estado preconizado pela Constituição Federal: O Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

- ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013. 362 p.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. *Niklas Luhmann*. Tempo Social – Revista de Sociologia, USP, São Paulo, n. 13, p. 185-200, nov. 2001.
- BERNARDI, Renato. *Ensaio escolhidos de direito constitucional*. Brasília: Kiron, 2013. 256 p.
- _____; LAZARI, Rafael José Nadim de. *A intervenção do Estado na vida da pessoa: Estudos sobre a proteção à criança e ao adolescente*. Birigui. Boreal, 2012. 171 p.
- BOBBIO, Norberto. *O conceito de sociedade civil*. Rio de Janeiro: Graal, 1994. 77 p.
- _____; *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri, SP: Manole, 2007. 285 p.
- _____; *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.
- _____; *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. 173 p.
- _____; *O futuro da democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. 207 p.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____; *Os poderes desarmados: à margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História: figuras do passado e do presente*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____; *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. 1. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002. 113 p.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999 81 p.

_____; *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 273 p.

_____; *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. 539p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito*. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, n. 3, p. 478, mai., 1999.

CHAUÍ, Maria Helena. *Estado de natureza, contrato social, Estado Civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau*. Disponível em: www.cefetsp.br/eso/filosofia/contratualistaschaui.html. Acesso em: 08 fev. 2014.

COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Paulo Henrique de Souza Freitas (Orgs.). *Terceiro Setor, ONGS – questões críticas*. São Paulo: Verbatim, 2012. 150 p.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em Políticas Públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2008.

DIAS, Augusto Silva. *Delicta in se e delicta mere prohibita. Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. 907 p.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: COUTINHO, Adalcy Rachid, SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. 153 p.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e punir. A história das violências nas prisões*. Petrópolis. Vozes, 2005, p. 143.

GUERRA FILHO, W. S.. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 207 p.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 615 p.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1969. 118 p.

- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 457.
- LUHMANN, Niklas. *Teoria política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1997. 170 p.
- _____; *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil : o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 354 p. (Justiça e direito).
- NEVES, Rômulo Figueira. *Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann*. 2005. 149f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2005.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O que é direito social? In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E JUDICIALIZAÇÃO

Jéssica Fachin²⁷
Mateus Vargas Fogaça²⁸

Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo estudar o fenômeno da judicialização de direitos, mais especificamente, a judicialização do direito à saúde. Para tanto, ter-se-á em conta a dificuldade de acesso a qual se deparam as pessoas para o exercício desse direito e, conseqüentemente, a crescente demanda, nos tribunais, pela busca de sua efetivação. Nesse sentido, se traçará alguns aspectos da judicialização, como a origem, o conteúdo histórico e contextual, as causas, entre outros aspectos, na busca de melhor compreender tal fenômeno agudamente presente no cenário jurídico brasileiro. Ademais, se analisará alguns aspectos de decisões do Supremo Tribunal Federal referente ao direito à saúde e se examinará, de forma breve, alguns parâmetros estabelecidos pelo mesmo Tribunal. Por fim, o trabalho se dedicará à reflexão da judicialização à luz do princípio de tripartição dos poderes.

INTRODUÇÃO

A judicialização de direitos tem sido um tema amplamente abordado nos dias atuais e gerador de discussões calorosas no campo do direito.

Mais especificamente, a crescente tarefa do Poder Judiciário em tornar efetivo o direito à saúde, tema deste trabalho, tem preocupado a comunidade jurídica.

O direito à saúde é um direito fundamental imprescindível para a vivência digna do ser humano. Partindo da evolução histórica dos direitos fundamentais, esse direito foi consagrado, notadamente, após a Segunda Guerra Mundial, como um direito de segunda dimensão, sendo um direito social dependente de uma atuação ativa do Estado.

Nesse sentido, embora o direito à saúde seja um direito fundamental garantido pela Constituição de 1988, as pessoas se deparam, constantemente, com dificuldades no acesso aos serviços públicos de saúde. Como consequência, demandas crescentes tomam o Poder Judiciário a fim de tornar efetivo o direito em questão.

Os principais obstáculos que as pessoas se defrontam para efetivação desse direito estão relacionados a políticas públicas que, se existentes, são, muitas vezes, ineficientes e insuficientes para as demandas da população.

Assim, crescem as demandas judiciais em busca da efetivação do

²⁷Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC, discente em letras pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Advogada.

²⁸ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduando em Direito Imobiliário pela Universidade Positivo. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Membro da Comissão de Direito Imobiliário da OAB/PR. Advogado e Parecerista.

direito à saúde, ocorrendo, então, o que se chama de *judicialização* do direito a saúde, que significa uma transferência de poder para juízes e tribunais, que é decorrente do próprio modelo constitucional adotado.

Demandas por direitos sociais, que antes podiam ser resolvidas nos âmbitos dos poderes Legislativo e Executivo, passam agora a ser resolvidas nas instâncias do Poder Judiciário. Esta transformação, lenta, porém inexorável, tem resultado na ampliação dos poderes dos juízes e dos tribunais, especialmente, do Supremo Tribunal Federal. Isto implica na necessidade de novas reflexões sobre as relações entre os três poderes do Estado.

Desse modo, o presente trabalho analisará o processo de judicialização, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente às demandas por serviços médicos hospitalares e a atuação do Poder Judiciário nestes casos à luz do princípio da separação de poderes.

É forçoso reconhecer, neste contexto, que a concepção clássica da tripartição dos poderes estatais vem sendo alterada. Já não estão mais em posição de rígida separação, mas em atuação cooperativa, ou seja, não mais apenas Legislativo e Executivo, mas também o Judiciário, atuam no sentido de concretizar direitos fundamentais sociais, especificamente, o de acesso à saúde.

1. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O direito fundamental à saúde, garantido às pessoas pela Constituição Federal, tem tido inúmeras dificuldades na sua consecução.

As principais dificuldades de exercício do direito à saúde têm sido atribuídas, conforme pesquisa feita pelo Ministério da Saúde²⁹, pela dificuldade de acesso, devida à atuação falha do Poder Executivo.

Dessa forma, deve-se entender que o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje” como já previa Bobbio, “não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.³⁰

Ainda falando do problema de efetivação dos direitos do homem, Bobbio afirma haver dois tipos de caminhantes nessa estrada desconhecida pela busca da efetivação e proteção dos direitos, “os que enxergam com clareza mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres mas têm os olhos vendados”.³¹ Esses dois caminhantes, traduzem duas dificuldades: uma jurídica-filosófica e outra substancial, inerente ao conteúdo dos direitos.

Portanto, o maior desafio que temos nos deparado nas últimas duas décadas e meia é tornar concreto os valores da Constituição e a vontade do

²⁹ PORTAL SAÚDE. **Ministério Avalia Qualidade dos Serviços de Saúde**. Acessado em: 10/08/2013. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/4390/162/ministerio-avalia-qualidade-dos-servicos-de-saude.html>.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 24.

³¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 37.

constituente expressa no Texto Constitucional.

Tomando em conta isso, a quem se tem recorrido para conservar a Constituição, tornar efetivo os direitos fundamentais e, em especial, o direito à saúde, é o Judiciário.

Demandas crescentes têm tomado os gabinetes e plenários do Poder Judiciário, seja pleiteando medicamentos, internação hospitalar, consulta médica, transplante, cirurgia, exame médico, etc.. O Judiciário tem sido chamado para resolver, em juízo, as dificuldades de acesso aos serviços de saúde, de modo a, muitas vezes, impor condutas e prestações positivas ao Executivo.

2. PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO

O mundo, após a Segunda Guerra Mundial, assistiu a muitas mudanças de ordem financeira e política por toda sua extensão.

Importantes mudanças jurídicas também ocorreram, tanto na ordem internacional, quanto nos ordenamentos internos dos países, principalmente, em matéria constitucional.

O que se viu é que, em grande medida, os países ocidentais inovaram em seus ordenamentos internos, a passos conjuntos com a ordem internacional, no que se refere à proteção de direitos de segunda dimensão, em especial os direitos sociais.

Nota-se, também, um avanço na justiça constitucional, talvez porque as constituições dos Estados não foram suficientes para evitar atrocidades - e inclusive, serviram para legitimar algumas - havendo certa desconfiança por parte das pessoas à política majoritária.

Assim, como bem observa Gisele Cittadino,

se observarmos o que se passa no âmbito da justiça constitucional, seja nos países europeus (...), seja nos Estados Unidos, seja em muitas das jovens democracias latino-americanas, é possível observar como uma forte pressão e mobilização política da sociedade está na origem da expansão do poder dos tribunais (...).³²

Em síntese, em grande parte dos países ocidentais o Judiciário passou a exercer um papel mais forte e atuante, não sendo mais, e tão somente, a boca da lei. No Brasil não foi diferente.

Nesse sentido, tem ocorrido o que se conhece por *judicialização*, que, nas palavras de Luís Roberto Barroso, significa que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder judiciário” e ela “envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais,

³² CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**, Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.17.

com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.³³

A judicialização e ativismo judicial não são a mesma coisa. Nas palavras de Barroso, “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família e freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”.³⁴

A judicialização, prossegue o autor, “decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”.³⁵ O Judiciário age de determinada maneira porque não havia outra alternativa, era, portanto, o que o texto constitucional permitia fazer, restando ao juiz somente conceder determinada pretensão.

Já o ativismo judicial se caracteriza por uma atuação mais ampla e intensa do Judiciário, interferindo, de maior forma, nos outros Poderes. Decorre também que as “constituições democráticas contemporâneas exigem, (...) uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que as integram”,³⁶ por se tratarem, em sua maioria, como observa Canotilho, de um sistema aberto de regras e princípios, que permitem assim uma atuação mais criativa do Judiciário.

Barroso observa condutas ativistas pela qual se manifesta o Ativismo Judicial, citando

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critério menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³⁷

Nota-se, no entanto, se tratar de uma atuação muito mais ativa e criativa do Poder Judiciário e que, interfere, muitas vezes, de forma veemente

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. OAB. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. OAB. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. OAB. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

³⁶ CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**, Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.37.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. OAB. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

nos outros dois Poderes.

Porém, José Afonso da Silva, em uma entrevista cedida à revista ConJur, alertou para a caracterização do ativismo judicial, dizendo que

nem toda criatividade via interpretação é ativismo judicial. A partir de regras muito gerais, se constrói um instituto. Você tem ativismo judicial distorcido, desde que se faça coisa que não está prevista na Constituição.³⁸

Ou seja, a Constituição, por ser um sistema aberto de regras e princípios, permite e necessita que o juiz desempenhe um papel mais ativo para que, então, possa assegurar o Estado democrático de direito e, nem sempre essa atuação se caracterizará como ativismo judicial.

Analisando essas características, o papel que tem exercido o Poder Judiciário nas matérias de direito à saúde, no sentido de conceder medicamentos, internações, consultas, etc., não é tão criativo, não se trata de uma interpretação livre ou de uma complexa hermenêutica realizada pelos juízes a base de princípios e regras. Trata-se, no entanto, de mera aplicação do texto constitucional a casos concretos, mero reconhecimento de pretensão jurídica subjetiva.

Logo, entende-se tratar de judicialização do direito à saúde e não de ativismo judicial.

No entanto, para analisar o processo de judicialização no Brasil, deve-se tomar em conta suas causas e origens e que “não é uma exclusividade brasileira. Há certa expansão do Poder Judiciário a acontecer, em maior ou menor grau, no cenário mundial”.³⁹

Nesse sentido, existem três causas que justificam a judicizalização no Brasil, como bem observa Luís Roberto Barroso.⁴⁰

A primeira delas é a redemocratização que o país passou, estando aí a Constituição Federal de 1988 como grande representação do ocorrido.

Com a promulgação da Constituição o Judiciário, bem como o Ministério Público, passou a gozar de maiores garantias institucionais e, em especial o Judiciário, deixou de ser um “departamento técnico-especializado (...) capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.”⁴¹

³⁸ SILVA, José Afonso. **Todo Conservador quer uma Constituição Enxuta**. São Paulo: 2 e 3/10/2013. Entrevista cedida à Revista Consultor Jurídico. Acessado em 13/10/2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-13/entrevista-jose-afonso-silva-jurista-doutrinador-constitucionalista>.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O Ativismo Judicial Existe ou é Imaginação de Alguns?** Revista Consultor Jurídico. Publicado em 13/06/2013. Acessado em 26/09/2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. OAB. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. OAB. Acessado em 01/10/2013. Disponível em:

Assim, com uma expansão do judiciário e um alargamento do rol de direitos fundamentais, a demanda pelo judiciário aumentou, tendo em vista, inclusive, que

a própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais (...).⁴²

A segunda causa, cita o autor,⁴³ é a constitucionalização abrangente. Ocorreu o que chamam de *Constitucionalização de direitos*, havendo uma “migração de direitos que estavam previstos em alguma espécie normativa (...) e que passaram a ter assento constitucional”.⁴⁴ Talvez por uma desconfiança para com o Legislativo que o texto tratou de tantos temas e de forma tão ambiciosa.

No entanto, trata-se a Constituição Brasileira de 1988 de uma constituição analítica, extensa, detalhista. Assegura inúmeros direitos fundamentais e, dentre eles, grandes inovações na proteção dos direitos sociais.

Portanto, “na medida em que uma questão (...) é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica que pode ser formulada sob forma de ação judicial”,⁴⁵ ocorrendo, assim, um aumento das demandas judiciais.

Por último, a terceira causa da judicialização no Brasil é referente ao *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*.

Adotamos os sistemas estadunidense (controle difuso) e o europeu (controle abstrato) e, também, com a Constituição de 1988, ampliamos o rol de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade para o Supremo Tribunal Federal (art. 103 da Constituição Federal).

Assim, órgãos e entidades públicas e privadas podem propor tal ação, levando à apreciação do mais alto órgão do Poder Judiciário, que é o Supremo Tribunal Federal, questões políticas ou moralmente relevantes.

Analisadas as justificativas da judicialização no Brasil, deve-se fazer algumas observações que também permite compreender melhor a expansão do Judiciário.

Nesse sentido, afirma-se haver uma crise de representatividade e

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

⁴² CITTADINO, Gisele. **Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**, Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p.39.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. OAB. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

⁴⁴ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 102.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. OAB. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

funcionalidade no âmbito do Poder Legislativo e Judiciário, razão que também tem ampliado a atuação do Judiciário.

3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes mesmo de tratar do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal, alega-se já restar superado a afirmativa de que os direitos sociais, e então o direito à saúde, se tratam de norma programática, ausente de aplicação imediata.

No entanto, para analisar o direito fundamental à saúde no Supremo Tribunal Federal deve-se observar suas decisões relativas ao tema considerando dois momentos: antes da Audiência Pública realizada pela Corte para tratar da judicialização do Direito à Saúde em 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 maio de 2009 e depois dela. A Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal foi um divisor de águas e um marco na história da judicialização do direito fundamental à saúde.

No entanto, existe uma série de decisões proferidas, antes de 2009, pela Corte, embora, até a Audiência Pública, o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado, de fato, o tema.

Uma decisão que foi por muito tempo mencionada é Petição 1.246-1⁴⁶, em que, teve como origem, a concessão, em sede de liminar, de US\$ 63 mil pela Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Araranguá, em Santa Catarina, para que o autor, menor de idade e portador de uma moléstia degenerativa de células musculares que culmina na morte prematura das vítimas, se tratasse em um hospital dos Estados Unidos.

O Estado recorreu ao Tribunal de Justiça para suspender a liminar e foi concedida. No entanto, após algumas discussões processuais o Tribunal de Justiça veio a determinar que o dinheiro fosse liberado, na forma em que a Juíza de Direito havia determinado.

Tal decisão foi levada ao Supremo Tribunal Federal pelo Estado a fim de obter a suspensão da liminar, sob alegação de violações à Constituição Federal. No entanto, o Ministro Celso de Mello, então presidente da Corte, em decisão monocrática, não concedeu a liminar sob o seguinte argumento:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*) ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que as razões de

⁴⁶ AgRegPet 1246-SC. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 31/01/1997, publicado no DJ de 13/02/1997. Acesso em: 30 ago. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=325774&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%201246%20-%20AgR>

índole ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida⁴⁷.

O Estado recorreu ao Plenário do Supremo Tribunal Federal e, decidindo não enfrentar o caso, a Corte se utilizou de argumentos processuais e decidiram, por unanimidade, pelo não conhecimento do recurso interposto:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (Presidente): Não nego relevo à impugnação do Estado agravante ao mérito da decisão do Ministro Celso de Mello, então no exercício da Presidência. Estou, porém, em que não nos cabe enfrentá-la⁴⁸.

No entanto, embora a Corte não tenha enfrentado o tema em questão, o posicionamento de Celso de Mello foi, reiteradas vezes, utilizado pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões relativas ao direito à saúde.

Neste sentido, também de relevante importância foi o julgamento da ADPF 45⁴⁹, que, embora também tenha tido um desfecho processual sem julgamento de mérito - “julgo prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto”⁵⁰ - alguns argumentos ali utilizados serviram para fundamentar diversas decisões de diferentes instâncias do Judiciário.

O referido julgamento, o qual tinha como relator o Ministro Celso de Mello, ao admitir que os direitos sociais são fontes de direitos e obrigações e que, portanto, admitem a intervenção do Judiciário em casos que o Poder Público não atuar.

Também, atenuou a aplicação da reserva do possível, sendo este possível de conviver com o mínimo existencial e, estando, o primeiro princípio mencionado, traduzido em um binômio que

compreende de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas⁵¹.

⁴⁷ 47 AgRegPet 1246-SC. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 31/01/1997, publicado no DJ de 13/02/1997, p. 67. Acesso em: 30 ago. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=325774&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%201246%20-%20AgR>.

⁴⁸ Ibidem, p. 71.

⁴⁹ ADPF45-9-DF. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 29/04/2004, publicado no DJ de 04/05/2004. Acesso em: 05 out. 2013. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf

⁵⁰ Idem.

⁵¹ ADPF45-9-DF. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 29/04/2004, publicado no DJ de 04/05/2004, p. 5. Acesso em: 05 out. 2013. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf.

Ainda, segundo o Ministro, a reserva do possível não pode

ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente, quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁵².

Não obstante, há decisões do Supremo Tribunal Federal que determinaram o fornecimento, por exemplo, de medicamentos por parte do Estado neste período anterior a 2009⁵³.

Registra-se, que até 2009, embora não tenha tido jurisprudências para servir, de certa forma, como parâmetro e fundamentação de outras decisões judiciais, essas afirmações feitas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o direito à saúde foram utilizadas por outras instâncias do Judiciário e demonstrou, timidamente, o início do posicionamento da referida Corte quanto ao tema.

No entanto, neste primeiro período que dividimos o estudo (antes de 2009) pode-se resumir que o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em questão é que (1) trata-se, o direito à saúde, de um direito subjetivo individual, passível de reclamação ao Poder Público, (2) o Judiciário, que possui uma dimensão política da jurisdição constitucional, pode, excepcionalmente, implementar políticas públicas quando o órgão responsável constitucionalmente para tanto não as fizer e que, (3) a reserva do possível deve ser aplicada com cuidado e analisado o caso concreto.

Portanto, foi após a Audiência Pública de 2009 e, mais especificamente, com a decisão constante do Agravo Regimental 175-CE em 17/03/2010⁵⁴ que o Supremo Tribunal Federal criou parâmetros jurisprudenciais para analisar pedidos referentes ao direito fundamental à saúde, em especial, à concessão de tratamentos pleiteados.

Primeiramente, a referida decisão afirmou ser possível subtrair do artigo 196 da Constituição um direito individual e um direito coletivo. E mais, afirma, Gilmar Mendes em seu voto

dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força da constituição⁵⁵.

⁵² Ibidem, p. 4.

⁵³ AgRgRE 271.286-8-RS e AgRgRe 225.627-1-RS.

⁵⁴ Ag. Reg. STA175-CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 17/03/2010, publicado no DJ de 30-04-2010. Acesso em: 01 out. 2013. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/STA_175_CE_1272708940427.pdf?Signature=d6yDijXgawGqhI6sEACCF%2FD%2FQRg%3D&Expires=1381767576&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf

⁵⁵ Ag. Reg. STA175-CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 17/03/2010,

Restando, no entanto, superado, como dito no início deste item, a afirmativa de que o direito à saúde, o artigo 196 da Constituição, trata-se de uma norma programática sem aplicação imediata e dependente de uma atuação de outros poderes para seu exercício pleno.

Finalizando o tópico “direito de todos” constante no seu voto, Gilmar Mendes conclui que

a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso⁵⁶.

A decisão confirma ser dever do Estado desenvolver políticas públicas a fim de propiciar a redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal.

Afirma, no entanto, haver responsabilidade solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tanto nas demandas coletivas quanto nas individuais quando a causa de pedir é a negativa, pelo Sistema Único de Saúde, à prestação na área da saúde⁵⁷.

Quanto às ações em que o que se pretende tem previsão normativa e pertence às políticas públicas adotadas pelo Estado, é certo que o Poder Judiciário deve intervir a fim de que se cumpra a norma.

De forma não “tão simples” deverá ocorrer, segundo a decisão, quando a prestação preterida não estiver entre as políticas públicas adotadas pelo Sistema Público de Saúde.

Se assim ocorrer, deve-se analisar se a prestação não ocorre em razão de uma (1) omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal para a sua dispensação⁵⁸.

Se for decorrente de uma omissão, o tratamento deverá ser aquele que estabelece o Sistema Único de Saúde, bem como serem feitas revisões nos protocolos de saúde, permitindo, inclusive, que o Judiciário intervenha quando uma pessoa comprovar que o tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde não é eficiente ou adequado ao seu caso clínico.

No entanto, se decorrente de uma decisão administrativa de não

publicado no DJ de 30-04-2010, p 84. Acesso em: 01 out. 2013. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/STA_175_CE_1272708940427.pdf?Signature=d6yDijXgawGqhI6sEACCF%2FD%2FORg%3D&Expires=1381767576&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf.

⁵⁶ Ibidem, p. 86.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Ag. Reg. STA175-CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 17/03/2010, publicado no DJ de 30-04-2010, p. 92. Acesso em: 01 out. 2013. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/STA_175_CE_1272708940427.pdf?Signature=d6yDijXgawGqhI6sEACCF%2FD%2FORg%3D&Expires=1381767576&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf.

fornecê-la e o Sistema Único de Saúde oferece um tratamento alternativo deverá

ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente⁵⁹.

Nos casos em que é negado tratamento, pelo Sistema Único de Saúde, por não haver tratamento para determinada patologia, havendo tratamento experimental o Poder Judiciário não poderá conceder tal tratamento, por tratar-se, no entanto, de tratamento experimental e em razão de que a “participação nestes tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los”.⁶⁰

No entanto, havendo tratamento novo constante na rede privada, porém não testado pelo Sistema Único de Saúde, o Poder Judiciário poderá intervir no caso concreto, necessitando que tenha muita cautela na apreciação dessa matéria. A justificativa é que

parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada⁶¹.

Por fim, com relação a vedação legal de determinado tratamento não foi tratado pelo acórdão.

Dessa forma, registra-se que os entendimentos constantes no referido acórdão foram frutos da Audiência Pública realizada em 2009 pelo Supremo Tribunal Federal e que tem servido de parâmetro para posicionamentos referentes ao tema em diversos órgãos do Poder Judiciário.

4. JUDICIALIZAÇÃO E SEPARAÇÃO DOS PODERES

A concentração de poderes a um órgão ou pessoa, se demonstrou, no decorrer da história da humanidade, perigosa às liberdades e garantias das pessoas.

Karl Loewenstein observou o poder ilimitado e irrestrito sendo que

Rara vez, para não dizer nunca, o homem exerceu um

⁵⁹ Ibidem, p. 96.

⁶⁰ Ibidem, p. 93.

⁶¹ Ag. Reg. STA175-CE . Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 17/03/2010, publicado no DJ de 30-04-2010, p. 94. Acesso em: 01 out. 2013. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/STA_175_CE_1272708940427.pdf?Signature=d6yDijXgawGqhI6sEACCF%2FD%2FQRg%3D&Expires=1381767576&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf.

poder ilimitado com moderação e comedimento, (...) o poder sem controle é, por sua própria natureza, maléfico. (...) quando não está limitado, o poder se transforma em tirania e despotismo.⁶²

Nesse sentido, por acontecimentos históricos mais recentes como o antissemitismo, o imperialismo e o totalitarismo, Hannah Arendt afirma que demonstraram que a dignidade humana precisa de nova garantia, somente encontrável em novos princípios políticos (...) cujo poder deve permanecer estritamente limitado, estabelecido e controlado por entidades territoriais novamente definidas.⁶³

No entanto, entende-se que o poder deve ser descentralizado e compartilhado ao maior número de pessoas possível, com intuito de que seja comedido e impeça o arbítrio de pequenos grupos ou determinado órgão.

Para tanto, buscou-se formas de distribuições de tarefas em que, basicamente, as funções de legislar, executar as leis estabelecidas e julgar litígios de acordo com as leis criadas, estivessem alçadas a diferentes órgãos do Estado.

Tal distribuição de funções tem sido observada desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, a qual previa, em seu artigo 16 que “toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação de poderes determinada, não tem constituição”.⁶⁴

Inspirador desse modelo estabelecido, Montesquieu foi quem idealizou o sistema de divisão de poderes e seu funcionamento.

Embora tenha tido contribuições de outros pensadores como Aristóteles e John Locke, foi Montesquieu quem projetou o modelo de divisão de poderes.

Nesse sentido, Montesquieu advertiu em sua obra, *Do Espírito das Leis*, que

que tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as advertências dos indivíduos.⁶⁵

No entanto, previu, que “há em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil”⁶⁶, especificando que

⁶² LEOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1983, p. 28.

⁶³ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 13.

⁶⁴ Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

⁶⁵ MONTESQUEU, Charles de Seconda. **Do Espírito das Leis**. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157.

⁶⁶ MONTESQUEU, Charles de Seconda. **Do Espírito das Leis**. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156.

pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamemos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.⁶⁷

Ainda, afirmou Montesquieu que

dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois e como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir esse efeito.⁶⁸

Deste modo, reconhece que o juiz teria a incumbência apenas de dizer o texto da lei, devendo ser a instituição de menor força dentre as três.

No entanto, bem lembrou Zulmar Fachin que, na obra de Montesquieu, o autor não falou em divisão de poderes, "aliás, isso não ocorre em nenhum momento de sua obra. Infere-se então que ele não pretendeu *dividir* os poderes do Estado. E a razão é singela: o poder estatal é indivisível".⁶⁹

Nesse mesmo sentido, Norberto Bobbio fala que o Estado é, estruturalmente, um conjunto de partes interdependentes e que funcionam conjuntamente. Desse modo, afirma que

um sistema político funciona quando é respeitada a divisão do trabalho e dos papéis entre as diversas partes do todo, e, particularmente, quando é clara a distinção entre aqueles que têm o dever de colocar as questões e aqueles a quem compete dar as respostas; e, no âmbito dos que dão as respostas, aqueles que aplicam as decisões e aqueles que julgam quando e como elas estão sendo observadas ou não.⁷⁰

Nota-se, no entanto, tratar-se de um único poder, o qual detém o Estado, em que atuam, em diferentes funções, com diferentes tarefas, instituições especializadas e destinadas a determinadas incumbências. Ou seja, o que se divide é o exercício do poder e não este.

⁶⁷ MONTESQUEU, Charles de Seconda. **Do Espírito das Leis**. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 157.

⁶⁸ MONTESQUEU, Charles de Seconda. **Do Espírito das Leis**. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 159.

⁶⁹ FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 53.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **As Ideologias e o Poder em Crise**. 4 ed. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 201.

No mais, em torno da divisão de poderes, José Gomes Canotilho fala de momentos essenciais dessa organização do poder político, individualizando, assim, a separação das funções, a interdependência de funções através de interdependências e dependências recíprocas e o balanço ou controle das funções, a fim de impedir um “superpoder”.⁷¹

Nesse sentido, o autor observa que o princípio “é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do *monismo de poder*, como o que resultaria, por ex., da concentração de *plenos poderes* no Presidente da república (...)”⁷², afirmando ainda haver “inexistência de uma separação absoluta de funções”⁷³, e que “a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro”.⁷⁴

Observa-se, no entanto, não tratar, o princípio, de uma separação absoluta de funções. O que não deve ocorrer é que um órgão usurpe tarefas que sejam essenciais a outro órgão. E, por essa ótica, fala-se que

a receita política de Montesquieu evolui, numa segunda fase, para uma separação atenuada pelos freios e contrapesos, desembocando numa terceira fase de interferências, mais ou menos acentuadas mas sempre limitadas, entre os poderes.

Salienta-se, nesse sentido, que a separação de poderes é um princípio de organização estrutural, que diz respeito, como menciona José Gomes Canotilho, à repartição horizontal de poderes que “refere-se à diferenciação funcional (legislação, execução, jurisdição), à delimitação institucional de competências e às relações de controlo e interdependência recíproca entre s vários órgãos de soberania”,⁷⁵ distinguindo-se da repartição vertical que se tem em conta a delimitação de competências e as relações de controle por meio de critério territoriais.

Após dois séculos passados, a doutrina de Montesquieu está presente em grande parte das constituições dos países ocidentais. Na atual Constituição brasileira o princípio da separação de poderes está previsto no artigo 60, §4º, inciso III⁷⁶, sendo, inclusive, uma cláusula pétrea, é dizer, constituinte de um núcleo imodificável.

Algumas discussões surgem em torno da judicialização do direito à

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 552.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 555.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 555.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 555.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 552.

⁷⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III - a separação dos Poderes;

saúde, no sentido de indagar se há uma interferência do Judiciário na esfera do Executivo e, algumas vezes, do Legislativo, e se há, assim, uma desarmonização entre os três Poderes.

Entende-se, no entanto, que não há que se falar, nas hipóteses trazidas e estudadas nesse trabalho, em violação do princípio da separação dos poderes.

O que há é uma atuação do Judiciário para tornar efetivo um direito constitucionalmente garantido que, portanto, decorre “não da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”⁷⁷. Ou seja, o Judiciário age de modo a não haver outra forma que pudesse proceder diante de determinadas situações concretas.

Se a Constituição Federal garante a todos o direito fundamental à saúde e alguma pessoa se dirige ao Judiciário sob alegações de estar sendo violado um direito seu, este deve agir, pois assim a Constituição determina.

Nesse sentido, Celso de Mello, em um acórdão proferido em 2000, defende que

o Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República.⁷⁸

Ainda, afirmou que “o controle do poder constitui uma exigência de ordem político-jurídica essencial ao regime democrático”⁷⁹ e que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes.”⁸⁰

Zaffaroni, nesse mesmo sentido, alega que o judiciário

presta o serviço de resolver conflitos entre as pessoas, mas também presta outro serviço, que consiste em controlar que, nessas relações normatizadas entre o Estado e as pessoas, o primeiro respeito as regras institucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana.⁸¹

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. OAB. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181901.pdf>.

⁷⁸ MS 23.452-1/RJ. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 16/09/1999, publicado no DJ de 12/05/2000, p. 67. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>.

⁷⁹ MS 23.452-1/RJ. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 16/09/1999, publicado no DJ de 12/05/2000, p. 67. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>.

⁸⁰ MS 23.452-1/RJ. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 16/09/1999, publicado no DJ de 12/05/2000, p. 67. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Trad. Juarez

No entanto, conclui-se que a atuação do Judiciário, provocada por crescentes demandas buscando a efetivação do direito à saúde garantido na Constituição Federal, não viola o princípio da separação de poderes. Trata-se de uma atuação jurisdicional legítima, a qual a própria Constituição confere ao Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde, objeto desta pesquisa, é um exemplo típico de direito fundamental de segunda dimensão. Ele exige, para sua efetiva fruição por parte das pessoas, a intervenção estatal, oferecendo as condições básicas e necessárias.

A Constituição brasileira de 1988 deu amplo e efetivo proteção o direito fundamental à saúde, inserindo-o no âmbito do amplo sistema de seguridade social. Além disso, assegurou a todas as pessoas o acesso aos serviços médico-hospitalares (saúde).

É preciso reconhecer, todavia, que, apesar da clara proteção constitucional, o direito fundamental de acesso à saúde não tem estado ao alcance de todas as pessoas. Uma quantidade imensa de pessoas do nosso País está excluída do acesso efetivo deste direito. As causas desta dificuldade (impossibilidade) de acesso são diversas.

Considerando que as políticas governamentais (federais, estaduais e municipais) não conseguem atender às imensas necessidades das pessoas, muitas destas tem procurado o Poder Judiciário para ver efetivado este seu direito. Provocado por estas demandas, o Poder Judiciário, com bastante frequência, tem garantido às pessoas o direito de acesso aos serviços médico-hospitalares. A este fenômeno se denominou processo de judicialização do direito à saúde.

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder judiciário brasileiro, estabeleceu critérios a serem observados pelos juízes e tribunais para a concessão de medidas processuais com o objetivo de atender os pleitos das pessoas que não foram atendidas por políticas governamentais.

Em razão desta atuação positiva dos órgãos do Poder Judiciário, tem-se levantado críticas ao que se chama de invasão de poderes ou usurpação de competências.

Referências

ADPF45-9-DF. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 29/04/2004, publicado no DJ de 04/05/2004. Acesso em: 05 out. 2013. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf
Ag. Reg. STA175-CE . Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em:

17/03/2010, publicado no DJ de 30-04-2010, p. 94. Acesso em: 01 out. 2013. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/STA_175_CE_1272708940427.pdf?Signature=d6yDijXgawGqhI6sEACCF%2FD%2FQRg%3D&Expires=1381767576&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf.

AgRegPet 1246-SC. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 31/01/1997, publicado no DJ de 13/02/1997. Acesso em: 30 ago. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=325774&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%201246%20-%20AgR>

AgRgRE 271.286-8-RS e AgRgRe 225.627-1-RS.

ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. OAB. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. 4 ed. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 552.

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LEOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editora Ariel, 1983.

MONTESQUEU, Charles de Seconda. *Do Espírito das Leis*. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MS 23.452-1/RJ. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 16/09/1999, publicado no DJ de 12/05/2000. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: p. 67. Acessado em 01/10/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>.

PORTAL SAÚDE. *Ministério Avalia Qualidade dos Serviços de Saúde*. Acessado em: 10/08/2013. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/4390/162/ministerio-avalia-qualidade-dos-servicos-de-saude.html>.

SILVA, José Afonso. *Todo Conservador quer uma Constituição Enxuta*. São Paulo: 2 e 3/10/2013. Entrevista cedida à Revista Consultor Jurídico. Acessado em

13/10/2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-13/entrevista-jose-afonso-silva-jurista-doutrinador-constitucionalista>.

STRECK, Lenio Luiz. *O Ativismo Judicial Existe ou é Imaginação de Alguns?* Revista Consultor Jurídico. Publicado em 13/06/2013. Acessado em 26/09/2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ECOLOGIA E ECONOMIA: A IMPORTÂNCIA DA EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO FISCAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Thaís Bariani Guimarães⁸²

Ana Laura Teixeira Martelli Theodoro⁸³

Resumo:

À luz dos fundamentos que constituem a estrutura normativa do Estado Democrático de Direito brasileiro que tem como razão de ser o postulado da dignidade da pessoa humana, compete à atividade tributária do Estado estabelecer um modelo constitucional que tem por objetivo a preservação do meio ambiente, agindo no planejamento, na fiscalização, na execução e no monitoramento das políticas públicas. Os mecanismos que se destinam a equacionar a relação entre o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, são os mais diversos possíveis, dentre elas, destaca-se a mudança na forma de utilização dos recursos naturais, e é neste ponto que se insere a atuação da área econômica, veículo importante ao desenvolvimento do país, posto que a compatibilização entre a exploração econômica e a utilização dos recursos naturais de forma racional, destina-se a tutelar o direito à dignidade da pessoa humana, promovendo a melhoria e a preservação ambiental. Assim, para que sejam assegurados tais direitos, cabe ao Poder Público por meio da extrafiscalidade programar políticas fiscais de incentivos que colaborem na redução da degradação ambiental.

INTRODUÇÃO

O surgimento de novos mecanismos de proteção ambiental é fundamental tanto para a manutenção da vida do planeta, como para a vida do homem. Busca-se demonstrar, assim, com o presente trabalho, que o Direito, por meio de suas múltiplas disciplinas deve ser meio eficaz a promover a proteção ambiental.

Há muito, os ambientalistas vem tentando mostrar ao mundo, quão alarmante é a situação da degradação ambiental, assim como as Organizações Não Governamentais dentre outras instituições. A questão ambiental é um dos principais problemas enfrentados na atualidade, necessitando urgentemente de mudanças radicais na utilização e no consumo dos recursos naturais, notadamente quando se trata de equacionar de um lado o crescimento econômico e de outro a necessidade de um desenvolvimento que se opere de maneira sustentável.

Dada esta situação o presente trabalho tem por escopo unir as normas tributárias e as normas de proteção ambiental conferindo especial atenção aos instrumentos eficazes a essa finalidade, quais sejam os instrumentos fiscais.

A partir da premissa de que a tributação pode e deve funcionar como instrumento de proteção ao meio ambiente, através de funções como a extrafiscal, é possível fazer com que o tributo vá além da simples finalidade de

⁸² Discente do 9º termo A do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. thabariani@hotmail.com.

⁸³ Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. analaura.martelli@gmail.com. Orientadora do trabalho.

arrecadação, mas em direção a outras finalidades, tais como a efetivação da tutela ambiental.

De início, difícil imaginar a relação do Direito Tributário com o meio ambiente, no entanto, com uma análise pormenorizada, vê-se claramente a relação entre ambos, pois a tributação ainda que possua caráter arrecadatário, deve influenciar de forma significativa a conduta humana para determinados fins, respeitando sempre os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Ao passo que os tributos fiscais são instrumentos de arrecadação, de outro lado, os tributos extrafiscais seriam, por sua vez, instrumentos de intervenção na ordem econômica e social, caracterizando uma função indutora.

Tal função indutora cuida dos efeitos econômicos e sociais dos tributos, e é daí que nota-se que o tributo interfere no comportamento do contribuinte, fazendo-o de maneira consciente, ou seja, busca manejar a eficácia social das exações tributárias.

Chegando-se ao ponto central desta pesquisa, consigna-se que todo tributo, tem consequências ambientais, seja ele em maior ou menor grau. Concluindo-se que bens econômicos são também, bens ambientais, logo, o problema ecológico é de natureza econômica.

Nossa Lei Maior dedica um capítulo inteiro à Ordem Social ao meio ambiente, em especial o artigo 225 que traz em seu bojo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dispondo-o como direito fundamental. Assim, busca-se demonstrar a partir desta pesquisa a importância dos incentivos fiscais na efetivação da tutela ambiental.

Implementando-se formas negativas de tributação, ou seja, o incentivo fiscal almeja incentivar os contribuintes a promover uma mudança de comportamento a fim de que passem a proteger e recuperar o meio ambiente, haja vista que a arrecadação de recursos financeiros serve para que a Administração Pública institua políticas ambientais, que devem servir como instrumento eficaz de diminuição e freio da degradação ambiental.

Optou-se pela utilização da pesquisa bibliográfica deduzindo soluções conscientizadoras do comportamento humano, capazes de afastar a degradação ambiental.

Dessa forma, o presente trabalho tratou inicialmente das noções gerais sobre meio ambiente, seus diferentes enfoques e especificidades.

Após, em um segundo plano, trouxe breve exposição sobre o direito tributário conceituando tributo, suas finalidades e funções, relacionando-o com o meio ambiente, e chegando ao ponto central, expôs os instrumentos fiscais destinados à proteção ambiental, a partir das funções do tributo, a extrafiscalidade, bem como os incentivos fiscais destinados proteção ao meio ambiente.

A conclusão sedimentou, ao final, o uso da extrafiscalidade, ou tributação negativa, com o objetivo principal de frear a degradação ambiental, onerando o menos possível o contribuinte, beneficiando o meio ambiente e a coletividade de modo geral, alcançando o bem maior que é o desenvolvimento sustentável.

1 DAS NOÇÕES GERAIS ACERCA DO MEIO AMBIENTE

O meio ambiente compreende todas as coisas vivas e não vivas que habitam o planeta Terra, ou algumas regiões dele, é, portanto, o conjunto de condições, influências, leis organizadas estruturalmente física, química e biologicamente abrigoando a vida em todas as suas formas, afetando os ecossistemas e a vida dos humanos.

De acordo com Clarissa Ferreira Macedo D'Isep:

A necessidade de tutela de bens com natureza difusa é fruto de uma sociedade de massa, que alcançou tamanha proporção a ponto de ameaçá-los. Diversa não foi a sua incidência sobre o meio ambiente, o que justifica o seu tratamento constitucional. (2004, p. 57)

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como à qualidade de vida sustentável foram elevados ao nível de garantia constitucional como direito fundamental, assim, imprescindível iniciar o estudo sem uma análise pormenorizada do tratamento constitucional sobre o tema do meio ambiente.

1.1 Meio ambiente: conceito e classificação

Na forma esboçada anteriormente, o conceito de meio ambiente envolve todas as coisas vivas e não vivas que habitam a Terra. Trata-se de um conjunto de condições físicas, químicas e biológicas que permite a vida em todas as suas formas.

O meio ambiente integra uma daquelas categorias em que o conteúdo é mais facilmente intuído que definível, em razão da complexidade do que encerra. (MILARÉ, 2001, p. 63)

O legislador constitucional utilizou a terminologia “meio ambiente”, mesmo com a redundância que envolve o termo, com o objetivo de reforçar sua importância e abrangência. Quanto à sua exata noção, se encontra positivada no inciso I do artigo 3º da Lei Federal 6.938/81 como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Importante consignar ainda a definição trazida pelo Dicionário da Língua Portuguesa⁸⁴: “meio (*lat mediu*) é o conjunto de fatores externos que podem influenciar a vida biológica, social ou cultural de uma pessoa ou grupo de pessoas; ambiente (*lat ambiente*) é o meio em que se vive que cerca os corpos”.

Na esteira deste entendimento, Celso Antônio Pacheco Fiorillo leciona que ao verificar a própria terminologia empregada com relação ao meio

⁸⁴ WEISFLOG, Walter. Moderno Dicionário da língua portuguesa. 2010.

ambiente, este se relaciona a tudo aquilo que nos circunda. (2013, p. 61)

De outro lado, no mais das vezes, a expressão meio ambiente tem sido utilizada de forma superficial pela mídia conceituando-o como natureza ou recursos naturais.

No entanto, é unânime a doutrina brasileira de direito ambiental ao consignar que a expressão meio ambiente por ser redundante, não é a mais adequada, haja vista que “meio” e “ambiente” são sinônimos, sendo, portanto, uma expressão pleonástica. Em razão disso outros países, como a Itália e Portugal utilizam apenas a terminologia “ambiente”.

Assim sendo, o uso contínuo consagrou a expressão “meio ambiente” de tal maneira que inclusive a legislação passou a adotá-la, a lei da Política Nacional sobre o Meio Ambiente, Lei nº 6.938 de 1981, no inciso I em seu artigo 3º definiu:

Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

A despeito disso, de acordo com José Afonso da Silva, o meio ambiente deve ser entendido de forma ampla, em sua natureza original, artificial e cultural, especificamente a relação entre seus elementos permitindo a evolução equilibrada da vida em todas as suas formas. (SILVA, 2000, p. 20)

O meio ambiente, portanto, não deve ser visto apenas e tão somente como o *habitat* natural que cerca o homem, ele representa exatamente a interação entre as pessoas e o meio. Assim, cada recurso ambiental não é considerado uma parte de um todo divisível, mas indivisível cuja interação é contínua e dependente diretamente.

Optou o legislador constituinte por estabelecer dois objetos de tutela ambiental “um imediato, que é a qualidade do meio ambiente, e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vêm sintetizando na expressão da qualidade de vida”. (SILVA, 1954, p. 54)

Deste modo, imprescindível para que se mantenha o ambiente saudável, a promoção da melhora na qualidade de vida da coletividade que se relaciona com o meio ambiente, além da proteção da fauna e da flora.

1.2 Da classificação do meio ambiente

Com o fim de facilitar a identificação dos aspectos da matéria a que se refere, ou mesmo ao bem imediatamente agredido, a doutrina classificou o meio ambiente à luz de cinco aspectos distintos: patrimônio genético, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial, meio ambiente do trabalho e meio ambiente natural.

1.2.1 Patrimônio genético

O patrimônio genético positivado no inciso II, do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal, foi regulamentado pela Medida Provisória nº 2186/2001, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, bem como sua proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

Compreende-se por patrimônio genético, na forma da Medida Provisória nº 2.186-16 de 23 de agosto de 2001, em seu artigo 7º inciso I: a informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal. E ainda, a informação ou prática de comunidade indígena ou local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético; o acesso ao conhecimento tradicional associado para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção que vise sua aplicação industrial.

Desta feita, o patrimônio genético é um bem ambiental por sua possibilidade de utilização de gametas conservados em bancos capazes de gerar seres vivos, criando e desenvolvendo um ser vivo quando houver interesse. Daí porque deve ser protegido, com o fim de que cientistas façam uso do patrimônio genético para empresas estrangeiras visando lucros econômicos.

1.2.2 Meio ambiente cultural

A despeito do artigo 225 da Lei Maior que abriga todos os bens ambientais, o artigo 215 do mesmo *Codex*, ratifica o princípio da universalidade, assegurando a todos o pleno exercício dos direitos culturais, dispondo:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

E o artigo 216, por sua vez, traz em si o conceito de patrimônio cultural

brasileiro como o conjunto de “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, [...]”

Assim, tendo em vista que o bem cultural é a identidade de um povo, de uma nação, é o retrato da história de um povo, hábitos e crenças, tutelá-lo assegura a identidade de uma nação, garantindo-se o Estado Democrático de Direito, dado que seus direitos se manifestam também no bem cultural. (D’Isep, 2004, p. 63)

1.2.3 Meio ambiente artificial

Evidentemente, quando se fala em qualidade de vida, imprescindível não falar dos espaços habitáveis, assim, a preocupação com o meio ambiente transpõe a simples proteção da natureza, alcançando uma concepção mais ampla solicitada pela qualidade de vida. (D’Isep, 2004, p. 61)

Compreendem-se por ambiente artificial, desse modo, os espaços urbanos abrangendo não apenas as edificações das cidades, os prédios, ruas e equipamentos (espaço urbano fechado), mas também os equipamentos públicos como as praças, áreas verdes, parques, jardins e espaços livres em geral, os chamados espaços urbanos abertos.

A Lei Maior atribuiu à União a competência para organizar as funções sociais da cidade, instituindo diretrizes para o desenvolvimento urbano tendo por escopo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do disposto no *caput* artigo 182:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Deste modo, salutar destacar que a cidade como bem ambiental, quando lesada por ações humanas, sujeita os infratores a sanções penais e administrativas acrescida ainda, a obrigação de reparar o dano causado. Haja vista que garantir a qualidade de vida na cidade, por meio de uma política de desenvolvimento é basicamente um instrumento de garantia também do direito à vida digna.

1.2.4 Meio ambiente do trabalho

Contemplado pelo meio ambiente artificial, o meio ambiente do trabalho ganha destaque especial em separado, por ser o local onde o trabalhador permanece maior parte do seu tempo. Trata-se não do ambiente do trabalho no que concerne ao direito do trabalho, ou à relação de trabalho obrigacional, mas do meio ambiente em que o trabalhador executa suas tarefas, protegido por normas constitucionais (arts. 7, XXII, 200, VIII, 225 e etc) e legais que visam a segurança e salubridade.

De acordo com o magistério de Fiorillo & Rodrigues, citados por Clarissa Ferreira Macedo D'Isep, a justificativa da classificação didática citada a forma de tutela ambiental, como: mediata, a proposta pelo art. 225 da Carta Magna, e imediata, aquela prevista ao longo do texto constitucional de acordo com a matéria:

... a divisão do meio ambiente não é *de lege ferenda*, vez que *de lege lata* está presente no Texto Constitucional. Portanto, para fins didáticos e de compreensão, podemos dizer que o meio ambiente recebe uma tutela imediata e outra mediata. (D'ISEP, 2004, p. 64)

O Estado Democrático de Direito deve manter o meio ambiente do trabalho saudável, reduzindo o risco de doenças e agindo de modo a evitar que ocorram lesões à saúde dos trabalhadores que estejam vinculadas às suas atividades laborais. Garantindo ainda o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, levando-se em conta o direito de todos, qual seja, à qualidade de vida. (FIORILLO, 2009)

Cumprido ao Estado fixar as regras de segurança em relação às máquinas para evitar acidentes aos trabalhadores. Por outro lado, é dever do empregador, fornecer os equipamentos de proteção coletiva e individual aos trabalhadores, até mesmo quanto à exposição a explosivos e inflamáveis, estabelecendo adicionais pecuniários que tem por objetivo “compensar” o trabalhador, ao menos em tese, pelo risco à sua saúde e integridade física.

1.2.5 Meio ambiente natural

Por fim, o meio ambiente natural abrange todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem, são eles: o solo, a água, o ar atmosférico, flora, fauna. Em outras palavras, o meio ambiente natural é constituído pelos recursos naturais. Sua proteção encontra-se fundamentada juridicamente no artigo 225, *caput*, e também em alguns incisos da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Apresentados os conceitos fundamentais sobre o meio ambiente, assim, a relação entre seus elementos e destes com as pessoas numa integração contínua e de interdependência direta.

Neste trilhar, proteger o meio ambiente traduz-se na busca por uma evolução equilibrada de todos esses elementos sempre com vistas à melhor qualidade de vida, conforme norma positivada na Carta Magna. (MORAES, 2009, s.p)

O direito a um meio ambiente qualificado, ou seja, ecologicamente equilibrado, é uma garantia constitucional que traz consigo a ideia de saúde, bem-estar e segurança, concomitantemente propondo uma convivência harmônica do homem com a natureza.

Assim, assegurado a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado pela Carta Maior, surge o dever de melhoria daquele ambiente que não se encontra equilibrado, necessitando de ações estatais efetivas que garantam esse direito a todos, como veremos adiante, pois os recursos naturais são bens de uso comum do povo.

2 DIREITO TRIBUTÁRIO E MEIO AMBIENTE

Segundo a Constituição Federal, cumpre ao sistema financeiro o dever de estruturar-se com o fim de atender os interesses coletivos, promovendo assim o desenvolvimento equilibrado do país.

Em contrapartida, esse desenvolvimento deve ser acompanhado pela sustentabilidade, pois se assim não o for, o uso desregrado dos recursos naturais gera maior degradação ambiental que por sua vez desencadeia o desequilíbrio ecológico, colocando em risco a manutenção da vida no planeta.

Por sua vez, a sustentabilidade abrange as ações e atividades humanas que tem por objetivo cumprir as necessidades atuais dos seres humanos. Está intimamente ligada ao desenvolvimento econômico e material de maneira a não agredir o meio ambiente, consiste, portanto, na utilização de forma inteligente dos recursos naturais para que estes, no futuro, sejam mantidos atendendo a humanidade.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma garantia constitucional, portanto, é dever de todos a sua defesa que se trata de pressuposto para o respeito do direito à vida, outro valor assegurado pela nossa Lei Maior. Há filósofos como Hans Jonas, inclusive, que sustentam ser a conservação do meio ambiente uma condição para a própria sobrevivência e perpetuação da raça humana. (BARRETO, 2010, s.p.)

Vislumbra-se assim, a necessidade cada vez maior de utilizar os recursos naturais de forma otimizada, não priorizando os interesses exclusivos de determinados grupos, mas o bem comum, viabilizando a proteção ambiental que ocorrerá de forma natural, a partir de então.

Acredita-se que o desenvolvimento da atividade econômica deva ser compatível com a utilização racional dos recursos ambientais (CUNHA, 2012, s.p.)

A intervenção estatal na atividade econômica deve objetivar a efetivação dos objetivos principais da República Federativa do Brasil que é promover a qualidade de vida coletiva. Assim, na qualidade de mecanismo de transformação social, talvez o mais importante mecanismo, cumpre ao direito a implementação de políticas públicas que privilegiem o bem-estar social.

A Carta de 1988, como se denota do preâmbulo possui o interesse principal de instituir um verdadeiro Estado Democrático de Direito, visando, como se lê:

Assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...
(FIORILLO, 2005, p. 35,36)

A Carta Magna trouxe, ainda, a partir do artigo 5º direitos e garantias fundamentais e como fundamento do Estado Democrático de Direito entre seus princípios fundamentais a soberania, cidadania, a **dignidade da pessoa humana**, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e ainda o pluralismo político.

Sob a ótica dos princípios fundamentais nos quais está sedimentada a Constituição Federal é possível analisar os direitos e garantias individuais e coletivos trazidos expressamente por ela.

Por vezes, o Sistema Constitucional Tributário brasileiro deve necessariamente guiar-se e conformar-se com as novas diretrizes trazidas pela Lei Maior, procurando na medida do possível, adaptar seus conceitos calcados na superada Constituição de 1967 (com as alterações da Emenda n. 1/69) a esse novo contorno que ganhou o Estado Democrático brasileiro para que não caia na inconstitucionalidade. (FIORILLO, 2005, p. 36)

Nesta esteira de entendimento, quanto à Constituição de 1946, Aliomar Baleeiro, precisamente ensina que:

O sistema tributário movimenta-se sob complexa aparelhagem de freios e amortecedores, que limitam os excessos acaso detrimientosos à economia e à preservação do regime e dos direitos individuais. (...) A defesa do sistema tributário e do próprio regime político do país processa-se por um conjunto de limitações ao poder ativo de tributar. (2006, p. 2)

Notadamente, a partir da promulgada Constituição Federal de 1988, necessário se faz observar que não é possível a análise da relação Fisco-contribuinte desprezando que o valor maior da dignidade da pessoa humana é onde se encontra assentada a República Federativa do Brasil, ostentando clara

feição no sentido de situar a arrecadação de quantia em dinheiro originada da atividade tributária como um todo, em respeito à pessoa humana, a fim de que o Estado consiga cumprir sua função social.

Em outras palavras, como interventoras da economia, incumbe às normas tributárias atuar como mecanismos que tornem possível o alcance aos objetivos do Estado brasileiro, surgindo o direito tributário ambiental.

À luz desta premissa, resta assentado que os tributos de competência da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios têm a hipótese de sua incidência tributária caracterizada a partir do novo desenho constitucional, cujo objetivo é privilegiar muito mais do que a relação Fisco-Contribuinte, mas o cidadão portador de direitos materiais fundamentais assecuratórios de sua dignidade. (FIORILLO, 2013, p. 927)

Na seara da proteção ambiental, pretende-se através das normas tributárias, criar ações preventivas, aptas a reduzir a degradação ambiental, como se verifica doravante, fomentada por políticas fiscais que modifiquem as relações entre a sociedade e o meio ambiente. Possibilitando o desenvolvimento econômico sustentável tamanho cuja utilização dos recursos naturais oportunizando significativa na qualidade de vida, tutelando o valor constitucional da dignidade da pessoa humana, neste início de século XXI.

2.1 Tributo: conceito, função e finalidade

A palavra tributo experimenta em sua acepção vários sentidos quando interpretados nos textos de direito positivo, doutrinas e jurisprudência. Alguns desses entendimentos compreendem o tributo como uma quantia em dinheiro; outros como dever jurídico do sujeito passivo; ou como, direito subjetivo de quem é titular o sujeito ativo; ainda entendem como sinônimo de relação jurídica tributária; ou norma, fato e relação jurídica.

Eis que, interpretações corriqueiras e simplistas, não são somente as dos leigos. Muitas vezes, possível encontrar até com frequência, em textos de Leis do nosso ordenamento jurídico.

Assim, passamos a compreender a definição dada no art. 3º do Código Tributário Nacional:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não se constitua sanção de ato ilícito, instituída por Lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Dessa forma, no que tange à norma jurídica são elementos constitutivos do tributo: a prestação em moeda corrente nacional ou cujo valor se possa exprimir em dinheiro; é obrigatória vez que é devida por força de Lei; não pode ser exigido como penalidade de ato ilícito, assim, neste caso não se trata de tributo, mas sim de penalidade; vinculando-se à atividade administrativa, rogando a ela não somente o poder, mas principalmente o dever de fiscalizar, apurar, conferir, lançar, certificar, cobrar; frisa-se que não basta ser compulsória; de rigor, assim correlacionar o artigo alhures citado com as regras-

matrizes dos tributos expressamente previstos na Constituição, isto porque pode haver prestações pecuniárias compulsórias que não constituem ato ilícito, mas possuem outra natureza diferente da tributária, justamente por não estarem compreendidas em referido rol; e por fim, deve integrar receita pública.

Nessa toada, surge a pergunta, para que servem os tributos? Como função mais básica, os tributos são criados para angariar fundos para o Estado. Funcionando como forma de receita derivada. A tributação configura um meio lícito pelo qual o Estado interfere na propriedade privada, para retirar-lhe, parcela que, por Lei, lhe é cabido.

Talvez a primeira impressão seja a de que o tributo representa uma forma de "invadir" o direito a propriedade do contribuinte, entretanto, uma visão um pouco mais global nos remete a ideia de que o tributo e a propriedade são elementos que se aplicam reciprocamente.

Difícil falar de tributação senão em um contexto social em que a propriedade privada é reconhecida, haja vista que é pontualmente sobre ela, que incidem os tributos. Por isso, as normas tributárias são de suma importância para o que se entende por propriedade privada quanto às regras constitucionais que conferem tal direito.

No contexto de um Estado fiscalizador, os tributos sempre interferem sobre o comportamento dos contribuintes, bem como nas propriedades privadas, estabelecendo um elo entre si.

Assim sendo, essa interpretação a respeito do tributo tem consequências diretas na compreensão da extrafiscalidade, campo em que se encontra compreendido o direito ambiental, objeto do presente estudo.

2.2 Extrafiscalidade: mecanismo eficaz da preservação ambiental

A arrecadação tributária é um meio pelo qual o Estado (ente soberano) se utiliza para fazer frente às despesas derivadas da sua atuação social. Nesta toada, a maioria dos tributos são criados com a finalidade arrecadatória, são fontes de receita para o Estado, a forma mais comum de se intervir na vida de quem está sob sua guarda. (MORAES, 2009, s.p.)

Em outras palavras, há no Brasil, por intermédio do sistema tributário nacional, uma partilha constitucional de rendas (artigos 145, 153, 154, 155 e 156 da CF/88), correspondente à divisão constitucional de competências político-administrativas entre a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios.

Conforme dito, a arrecadação fiscal se dá, entre outros motivos porque o Estado necessita de recursos, logo a fiscalidade, ou o caráter fiscal, nada mais representa do que a finalidade arrecadatória que movimenta a criação do sistema tributário brasileiro.

Contudo, quando há uma intenção diferente dessa finalidade meramente arrecadatória, quando há um "algo a mais" do que a simples obtenção de receita estar-se-á diante da extrafiscalidade.

Segundo assevera Bezerra Falcão, a extrafiscalidade é "a atividade financeira que o Estado exercita sem o fim precípua de obter recursos para o seu erário, para o fisco, mas sim com vistas a ordenar ou re-ordenar a economia e as relações sociais". (FALCÃO, 1981, p. 48)

Este prefixo "extra" da palavra extrafiscalidade, transmite uma ideia no Direito Tributário de componente que dele, não fariam parte.

Adiante, Raimundo Bezerra Falcão define com hialina clareza a diferença entre a fiscalidade e a extrafiscalidade:

“Considerando a tributação como ato ou efeito de tributar, ou ainda, como o conjunto dos tributos, podemos afirmar que: a) a tributação se diz fiscal enquanto objetiva retirar do patrimônio dos particulares os recursos pecuniários – ou transformáveis em pecúnia – destinados às necessidades públicas do Estado; **b) tributação extrafiscal** é o conceito que decorre do de tributação fiscal, levando a que entendamos extrafiscalidade como atividade financeira que o Estado desenvolve sem o fim precípua de obter recursos para seu erário, mas sim **com vistas a ordenar a economia e as relações sociais**, sendo, portanto, conceito que abarca, em sua amplitude, extensa gama de opções e que tem reflexos não somente econômicos e sociais, mas também políticos [...]” (FALCÃO, 1981, p. 118, grifo nosso)

Resta comprovado assim, com base na definição citada, o papel instrumental que sempre se faz presente na atuação das normas tributárias. A distinção entre fiscalidade e extrafiscalidade do tributo está apenas na finalidade almejada, vez que o instrumento é comum para ambos.

Para outra corrente, que amplia o conceito extrafiscal alcançando outros objetivos, é defeso as imposições tributárias, que concorrem ao lado de seu objetivo típico de arrecadar que podem desempenhar outras 03 (três) funções, são elas: i) distribuição de carga tributária, ii) induzir comportamentos e;iii) simplificar o sistema tributário. Nota-se, portanto, que a discussão vai além da terminologia, flui para o lado das funções que a norma pode desempenhar e o regime jurídico mais adequado que pode ser aplicável. (MORAES, 2009, s.p.)

Considerando tudo o que foi dito, todas as formas de tributar, afetam a propriedade e assim não se pode considerar a tributação de maneira neutra. Portanto o que importa, não é perceber o caráter extrafiscal ou se induz comportamento, isto é dogmático. O detalhe que merece atenção nesta pesquisa é para quais comportamentos tais tributos nos induzem, qual seja, até onde podemos vislumbrar os seus objetivos.

Pois bem, desenvolve-se a extrafiscalidade com lastro na lei, porém, com a nobre função de salvaguardar a liberdade do indivíduo a partir de uma modificação de comportamento humano, permitindo ao contribuinte uma alternativa de escolha de gravame mais ameno, ou ainda, de nenhum gravame tributário conforme sua atuação estabelecida em lei. Ou seja, optando entre o aumento da carga tributária ou uma mudança na conduta socialmente indesejada.

Em análise ao efeito indutor do tributo vislumbra-se que este, parte diretamente da inteligência dos efeitos sociais e econômicos do tributo. Assim, observando que o tributo intervém no comportamento do contribuinte, deve-se modular esse comportamento para que ele seja consagrado de modo consciente. Essa talvez seja a característica fundamental da "indução", fazer a manutenção de forma estudada e consciente para atingir a eficácia social desejada.

Assim, por meio de ações como esta, podemos apontar ações em que o Estado, por meio da extrafiscalidade, fazendo uso da seletividade das alíquotas dos impostos incidentes sobre bens e serviços, concede uma espécie de "prêmio" àqueles que optam por desenvolver atividades econômicas não degradantes estabelecendo uma sintonia com o princípio da prevenção haja vista que atua no intuito de evitar o dano ambiental. (SANTANA, 2004, p. 22)

Um exemplo de utilização benéfica dos impostos na proteção ambiental seria o caso do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), no qual podem ser criadas alíquotas seletivas em razão da essencialidade ambiental ou do percentual de matéria-prima reciclada utilizada na fabricação de determinados produtos novos. Ou ainda o IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores), cujas alíquotas podem ser reduzidas ou até mesmo isentas para determinados veículos que se empreguem combustíveis menos poluentes ou energia limpa. (CUNHA, 2012, s.p.)

Correlacionando com o objeto do presente estudo, pode-se dizer que todo e qualquer tributo tem conseqüências ambientais. O incentivo positivo proporciona ganhos suplementares aos agentes econômicos que adotam posturas ecológicas.

Assim sendo vislumbra-se dos tributos incidentes sobre manifestação de riquezas, em que determinadas situações tais como a propriedade cuja lei presume essa manifestação. Em vista disso, a propriedade deve ser exercida de acordo com sua função social e dentro de uma sociabilidade, de modo a não trazer prejuízos ao meio ambiente.

Ao passo que cumpre ao Estado implementar políticas que assegurem a preservação do meio ambiente, consoante disposto no artigo 225 da Carta Magna, políticas essas que demandam recursos financeiros, provenientes, por sua vez, de arrecadação de tributos.

É o caso dos Estados Unidos, país experiente na matéria, para quem a verdadeira faceta de um imposto consiste na sua capacidade de proporcionar incentivos capazes de dirigir o comportamento em uma direção socialmente desejada, sem afetar a tecnologia atual e preservando um grau de opção individual. Ou ainda, países como a Espanha, cujos tributos ambientais são aqueles que tendem a desanimar as condutas contaminadoras e a tratamentos fiscais favorecidos como medidas estimuladoras a empresas que adotem dispositivos poluidores. (OLIVEIRA, 1999, p. 40-41)

Há, inclusive, fundamentos democráticos para tanto, posto ser a Economia a "ciência da escassez" em que os agentes optam pela conduta que melhor aperfeiçoe os recursos escassos na satisfação de suas necessidades cada vez mais infinitas, através da extrafiscalidade, o Estado proporciona a esses agentes a escolha, ou seja, a opção de continuar, encerrar ou adaptar suas

atividades, pagando mais ou menos imposto. (OLIVEIRA, 1999, p. 38-39)

Neste trilhar, qual seria a consequência àquele que rejeitasse o estímulo fiscal? A rejeição aos incentivos fiscais empregados como instrumento econômico de proteção do meio ambiente implicaria em pagar mais imposto.

De outra banda, àquele que optar por evoluir tecnologicamente, sem, contudo, poluir, pagaria menos imposto, ou nem mesmo pagaria qualquer imposto.

Todavia, nem sempre essas consequências produzem resultados positivos. Especificamente para a matéria ambiental que necessita de proteção, a neutralidade do tributo é concebida com omissão. Significa dizer que, não pratica nenhum tipo de comportamento que estimule a proteção a condutas ambientais recomendáveis. (CUNHA, 2012, s.p.)

Ademais, utilizando-se corretamente as características do tributo, este se torna um poderoso instrumento de alcance de objetivos reguladores de condutas em matérias econômico-ambientais.

Não é outro senão o ensinamento de Alejandro Altamirano (1994, p. 17)⁸⁵:

É melhor incentivar que penalizar, estimular o investimento no controle da contaminação do que sancionar com penalidades cuja exigência tem por efeito asfixiar a atividade industrial, quando não criam elas um clima de incerteza sobre as consequências da sua execução.

Voltando a questão arrecadatória do Estado, tal função vislumbra-se importante ao meio ambiente também, pois, com tal ação, cumpre ao Estado a implementação de ações que visem a proteção do meio ambiente, como disserta o art. 225 da Constituição Federal. (CUNHA, 2012, s.p.)

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para presentes e futuras gerações.

Nesse sentido, o Estado juntamente com o Direito Tributário, valendo-se de instrumentos de implementação de políticas econômicas e ambientais, atuam em funções extrafiscais.

Corroborando com o entendimento, fazer o uso da seletividade das alíquotas dos impostos incidentes sobre bens e serviços, premiam aos que desenvolvem atividades econômicas não degradantes. Ou, ainda, as pessoas que fazem uso de produtos ecologicamente corretos, estimulam a sintonia com o princípio da prevenção, já que enseja uma política de evitar o dano ambiental.

Nesse sentido, facilmente se encontra impostos que têm participação direta nessa campanha de conscientização, como impostos sobre consumo e

⁸⁵ Tradução livre

serviços, impostos sobre a propriedade, impostos sobre a renda, entre outros.

Ainda que não possuam características fiscais, vários tributos podem ter utilidade com finalidade extrafiscal.

Reduções, isenções, alíquotas seletivas, incentivos às pessoas físicas e/ou jurídicas que apoiarem a proteção ao meio ambiente são medidas importantes a serem aplicadas. Ações de políticas fiscais reguladoras propiciarão adequação da exploração econômica ao desenvolvimento sustentável.

Agindo dessa maneira (induzindo comportamentos) a tributação ambiental leva o contribuinte a buscar ações que visem à redução da poluição, da degradação, do consumo desenfreado e, se atentarem à racional utilização dos recursos naturais. Dessa maneira, o agente que buscar maior eficiência na proteção ao meio ambiente, conseqüentemente também maximizará seus lucros, recolhendo uma carga tributária reduzida. (CUNHA, 2012, s.p.)

Nesta linha dos incentivos, nos Estados Unidos existe a tributação sobre a emissão de poluentes, petróleo e derivados, produtos químicos, produtos de caça e pesca, e incentivos para doação de terrenos e matas com finalidade de preservação ambiental e estabelecem um fundo que se destina à recuperação do meio ambiente degradado.

Por meio de ações como essas, o contribuinte não apenas passará a cumprir a Lei, mas também passa a ser um agente de proteção ambiental. Havendo uma mudança de raciocínio na função da tributação ecológica.

CONCLUSÃO

Como o desenvolvimento de um país se dá pelo campo da economia, é exatamente esse o instrumento, por meio do qual, podemos promover condições mais conscientes e favoráveis para que se faça a escolha a opções ecologicamente corretas.

Não há como apresentar o direito tributário como a única saída para as questões ambientais. Entretanto, não é possível, da mesma forma, segregar a ecologia da economia.

Ações de políticas fiscais e regulamentadoras conseguirão adequar a exploração econômica ao desenvolvimento sustentável, decaindo sobre o Estado a função de atuar na economia, a fim de alcançar os objetivos sociais, fazendo estar presentes o interesse difuso, no caso específico, a proteção ao meio ambiente.

Ainda, mais importante do que saber escolher qual o instrumento que será o corretamente adequado, é introduzir a consciência com a preocupação ambiental no sistema tributário, em sua totalidade, com o fim de integrar o Direito Ambiental e o Direito Tributário.

Assim esse Direito Tributário, passa a ser um dos meios mais eficazes de proteção ambiental, através de sua função extrafiscal, cujo incentivo é capaz de conduzir a mudança comportamental em prol do meio ambiente, tornando a atividade econômica de quem preserva o meio ambiente mais lucrativa e

vantajosa. Atingindo, deste modo, os objetivos sociais da defesa e proteção do meio ambiente, construindo um ambiente mais sadio e conseqüentemente, por sua vez, propiciando maior qualidade de vida a todos.

Referências Bibliográficas

ALTAMIRANO, Alejandro. *La Tributación como Instrumento Aplicado al Mejoramiento del Medio Ambiente*. Eco Tributación, in Arenales de las XXVII Jornadas de Finanzas Publicas, Facultad de Ciencias Economicas, Universidad Nacional de Cordoba, Cordoba, 1994.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. rev. e compl. Atualização de: DERZI, Misabel de Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARRETO, Sonia; GARÇÃO, Elvira Suzi. *Homem e natureza: o lugar paradigmático do princípio ético de Hans Jonas na Educação Ambiental*. São Paulo, 2010. Disponível no site: <file:///C:/Users/NOTEBOOK/Downloads/30087-34924-1-PB.pdf> Acesso em 28.fev.2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

CORREIA NETO, Celso de Barros. *Instrumentos Fiscais de Proteção Ambiental*. 2008. São Paulo. Disponível no site: <<http://www.parasaber.com.br/textos/instrumentos-fiscais-de-protecao-ambiental/>>. Acesso em 01.mar.2014.

CUNHA, Leonardo Dias da. *A Extrafiscalidade Tributária como Instrumento de Proteção Ambiental*. Disponível no site: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7064>. Acesso em 25.fev.2014.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. *Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso*. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e Mudança Social*. Rio de Janeiro, 1981.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito Ambiental Tributário*. São Paulo - Saraiva, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. rev., ampl. e atual., São Paulo, Ed. Saraiva, 2013.

MORAES, Kelly Faria de. *Direito tributário e meio ambiente: Importância dos incentivos fiscais preservação do meio ambiente*. 2009. Disponível no site: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11938>. Acesso em 25.fev.2014.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. 2 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PACHECO FILHO, Eduardo Galvão de França. *O Direito Tributário na Proteção ao Meio Ambiente*. Disponível no site: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/eduardogalvaodefracapachecofil>

<ho/odireitotributário.htm>>. Acesso em 25.fev.2014.

SANTANA, Heron José. *Meio ambiente e reforma tributária*. Revista de Direito Ambiental, RT, São Paulo, Ano 9, n. 33, 2004, pag. 9 - 32.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Ambiental*. São Paulo, Malheiros Editora, 1994.

WEISFLOG, Walter. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. 2010. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em 03.mar.2014.

TEXTO, CONTEXTO E NORMA: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA DE WITTGENSTEIN

Lucas Antonio Saran⁸⁶

Rogério Cangussu Dantas Cachichi⁸⁷

Resumo:

O pensamento de Wittgenstein é, sem dúvida alguma, o responsável por uma das maiores revoluções que se operou na filosofia ocidental. Dentro dessa perspectiva, o presente trabalho objetivará contribuir modestamente com uma breve exposição do instituto da mutação constitucional a partir do pensamento de Wittgenstein tal como consignado na segunda época de sua filosofia, isto é, em conceitos presentes na filosofia da linguagem ordinária, especialmente na obra *Investigações filosóficas*. Nessa empresa, a par da firme doutrina nacional e internacional acerca do tema da mutação constitucional, procura-se enfatizar o assunto sobre outro viés, o da linguagem. Wittgenstein, em sua segunda filosofia, abre a possibilidade de se pensar uma relação entre as linguagens e a vida (vivências). Nessa relação imanente desenrola-se o processo de extração do significado das normas constitucionais. O direito não está alheio à linguagem; ao contrário, nela e por ela é constituído. Como não poderia deixar de ser, não há texto sem contexto. As questões tratadas no presente artigo gravitam em torno de conceitos da filosofia da linguagem ordinária com o fim de jogar luzes sobre o processo de alteração informal do sentido da Constituição sem modificação de seu texto.

INTRODUÇÃO

Wittgenstein em célebre frase escreveu "*Os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo*". Trata-se do famigerado aforismo 5.6 do *Tratado lógico-filosófico* (WITTGENSTEIN, 1968). Essa proposição tem um longo contexto histórico. Ao lançarmos um olhar na tradição do pensamento ocidental, observar-se-á que tal tradição começa com um *período metafísico*, que se estende da antiguidade até o final da idade média, no qual a busca pelo *Ser* outorga à metafísica o *status* de disciplina chave das perscrutações filosóficas. Na sequência, com Descartes e Kant, inaugura-se o *período epistemológico*, em que o pensamento ocidental deixa de perguntar pelo *Ser* e passa a se questionar a respeito daquilo que se pode *conhecer*. Nesse período, o paradigma epistemológico enfatiza a razão como base da cultura, da sociedade e da subjetividade. Por fim, esse quadro de racionalização cedeu passo na contemporaneidade ao *paradigma da linguagem*, período cuja proposta era dissolver pela análise da linguagem os problemas não resolvidos pela razão no paradigma anterior. A questão do *sentido* de enunciados linguísticos passa a ser nodal. Nesse contexto, ao lado de gigantes como Frege, Heidegger e Husserl, Ludwig Wittgenstein assume lugar de amplo destaque perante a história da filosofia: seu pensamento é um dos marcos de uma das grandes transformações

⁸⁶ Mestre em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), Professor da FACCRI-FACED (curso Direito)

⁸⁷ Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR, Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais da UENP (Campus de Jacarezinho)

que se operaram na tradição filosófica. A despeito das influências que certamente sofreu de seus precursores, o grande filósofo austríaco talvez tenha sido o mais enfático autor dentre aqueles que, invertendo muito da tradição anterior (paradigma epistemológico), procuraram criar um pensamento capaz de antes dissolver e trazer de volta à imanência da vida do que resolver antigos problemas filosóficos. Nessa linha, o exame também de institutos jurídicos sob o viés linguístico não pode ser olvidado. Tal necessidade ajusta-se ainda mais quando se trata de institutos ligados à depuração do sentido das normas jurídicas.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho consistirá, fundamentalmente, em contribuir com a compreensão do fenômeno da *mutação constitucional* à vista da exposição geral a respeito de algumas categorias do pensamento wittgensteiniano. Foi necessário delimitar uma parcela do vasto pensamento de Wittgenstein por razões metodológicas. À evidência, o volume e a densidade filosófica da obra do filósofo não poderiam ser tratados num artigo.

No entanto, força é convir que tais categorias constituem-se, fundamentalmente, nas principais dentre aquelas que se convencionou reunir sob o nome de "*segundo Wittgenstein*". Essa designação tem o escopo de síntese e simplificação, na esteira de alguns consagrados comentadores como David Pears (1971). Está-se ciente de que essa expressão carrega, academicamente, bastante polêmica, visto que a evolução do pensamento de tal filósofo possui muitas nuances e trabalhos de transição como as famosas *Observações filosóficas* (WITTGENSTEIN, 2005). Anote-se, em aditamento, que a designação "filosofia da linguagem ordinária" refere-se aos pensamentos presentes nas *Investigações filosóficas (segundo Wittgenstein)*, em oposição à "filosofia da linguagem ideal" do *Tratado lógico-filosófico* ("primeiro Wittgenstein"). Destarte, por *segundo Wittgenstein* entender-se-á, para fins deste texto, a versão mais madura daquelas ideias que surgiram no momento mais radical da ruptura com o *Tratado lógico-filosófico* (WITTGENSTEIN, 1968) e apareceram, principalmente, nas *Investigações filosóficas* (WITTGENSTEIN, 2008) e no *Da certeza* (WITTGENSTEIN, 1969).

À parte, a metodologia do artigo é simples. Com o escopo de cumprir o objetivo acima, retomaremos importantes conceitos wittgensteinianos presentes nos primeiros movimentos das *Investigações filosóficas*. De feito, ao tempo que se compreenderão tais conceitos e noções, também se jogará luz ao fenômeno da mutação constitucional.

O texto assim se estrutura na medida em que, como se verá, a mutação constitucional, na condição de resultado de um processo de reforma informal do Texto Constitucional, pode ser apresentada a partir das reflexões que Wittgenstein realiza em sua segunda grande filosofia.

1 O PROBLEMA: DIREITO E LINGUAGEM

Nenhum texto em linguagem natural pode ser concebido com um sentido unívoco, pétreo, estático. O texto jurídico, como não poderia deixar de ser, é expresso em linguagem natural, daí sua inexorável ambiguidade. Alcécio Silveira Nogueira, em preciosa monografia, destacou, não sem razão, que "o Direito se constrói na linguagem e pela linguagem" (NOGUEIRA, 2013, p.90). E prossegue:

Ou seja, é preciso enunciar o óbvio e asserir que o Direito é, fundamentalmente, linguagem, e linguagem verbal ou verbalizável; com isso, naturalmente se suscitam praticamente todos os problemas que constituem a base dos estudos semióticos, mesmo aqueles que, num primeiro momento, parecem confinados ao terreno estético ou aqueles que se distanciam do paradigma verbal. (NOGUEIRA, 2013, p.90)

Nessa senda, sendo a Constituição um texto forjado em linguagem natural, segue-se que nenhum sentido inequívoco se lhe poderia dar. Ao contrário, a Constituição constitui, dentre os documentos jurídicos, aquele que detém considerável plasticidade. Evidente, de outro lado, que são relevantes, a mais não poder, imperativos de segurança jurídica a permitir aos cidadãos antever os efeitos de suas condutas, outorgar confiabilidade às instituições com estabilidade institucional e favorecer a força normativa da Constituição, donde não menor importância da rigidez constitucional e da jurisdição constitucional, como bem sublinhou Wellington Márcio Kubliskas (2009, p.30). Todavia, a despeito dos dificultadores para alteração *formal* de seu texto proporcionados pela rigidez constitucional, a Constituição é campo fértil para alterações *informais* não da letra, tampouco do texto, mas do *sentido*, conhecidas pela expressão "mutação constitucional".

A constatação da mutação constitucional como espécie de "mutação normativa" não foi olvidada por Denise Soares Vargas, que bem anotou:

A mutação constitucional é um procedimento que integra o gênero mutação normativa, pois, após a emancipação do texto normativo pelo legislador, experiências axiológicas nele são empreendidas de maneira a gerar mutações na tábua de valores ou na incidência sobre as relações sociais que lhes servem de substrato, seja esse texto o de uma lei ou seja de uma lei constitucional. (VARGAS, 2014, p.34)

E a citada monografista consignou que essa era a visão de Miguel Reale, esboçada na famigerada teoria tridimensional dialético-integrante (VARGAS, 2014, p.35).

À parte isso, o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades reconheceu a mutação constitucional como fenômeno resultante do processo informal de alteração do significado extraído do enunciado normativo constitucional. Cito, à guisa de exemplo, alguns precedentes que a doutrina

nacional considera modelos: HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23/02/2006 (progressão de regime nos crimes hediondos); MS 26603/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04/10/2007 (fidelidade partidária); ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Brito, julgado em 05/05/2011 (união homoafetiva); HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/06/2012 (regime inicial de cumprimento de pena nos crimes hediondos).

O grande problema que se nos apresenta nesse instante é como o pensamento do *segundo Wittgenstein* poderia nos ajudar a compreender a mutação constitucional como resultado de processos informais de mudança de significado das normas jurídicas em geral, com especial ênfase nas normas constitucionais. A seguir, quer-se apresentar ao leitor noções-chave wittgensteinianas de *uso, jogos de linguagem, semelhança de família, gramática e formas de vida*, as quais, ao nosso juízo, clarificam, sob o âmbito da linguagem, a compreensão do fenômeno.

2. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM ORDINÁRIA

Passar-se-á, doravante, a considerar as principais características do pensamento de Wittgenstein, a partir do qual se objetivará visualizar o fenômeno linguístico das mutações constitucionais. Remarque-se que o foco na linguagem ordinária não diminui a intensidade do impacto na teoria do direito, porquanto, como já acima alinhavado, direito é linguagem.

Nessa empresa, o raciocínio será dividido em algumas etapas interligadas, em cada uma das quais serão trabalhadas uma das noções chave do filósofo em tela. Destarte, como já destacado, num primeiro momento valer-se-á principalmente do texto das *Investigações filosóficas* (WITTGENSTEIN, 2008). Estarão sobre o foco as categorias mais gerais que perpassam o pensamento do chamado *segundo Wittgenstein*. Todo esse percurso será necessário para a compreensão de alguns aspectos da mutação constitucional sob o prisma da filosofia da linguagem ordinária de Wittgenstein, sem perder de vista noções consagradas pela robusta doutrina constitucional que bem trata do assunto.

Pois bem. Consagrada é a compreensão da norma jurídica como significado extraído do texto jurídico. A relação entre texto e norma restou bem colocada no clássico livro de Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*. Para Ávila, "não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte" (ÁVILA, 2007, p.30). O mesmo autor relaciona hipóteses de *norma sem dispositivo* (princípios implícitos) e de *textos sem norma* ("sob a proteção de Deus" no preâmbulo da Constituição), além de casos de *dispositivo do qual se extrai mais de uma norma* e de *norma extraída de mais de um dispositivo* (ÁVILA, 2007, p.30). Destarte, esse conceito semântico de norma jurídica impõe ao intérprete a função de formular, a partir do enunciado textual, a norma jurídica dele decorrente. Tanto essa constatação quanto a de que o significado do enunciado

textual é obtido a partir do contexto no qual se está inserido constituem noções fundamentais no assentimento de processos informais de mutação constitucional. Sobre o assunto, tome-se a noção de *uso*, acerca da qual Wittgenstein consignou nas *Investigações filosóficas*:

Santo Agostinho descreve, poderíamos dizer, um sistema de comunicação; só que nem tudo aquilo a que chamamos linguagem é este sistema. E isto é o que se tem que dizer em todos aqueles casos em que se põe a questão: "Pode-se usar essa descrição ou não?" A resposta então é: "Sim, pode-se usar, mas apenas para esse domínio estritamente circunscrito, não para a totalidade que tinhas a pretensão de descrever."

É como se alguém desse a explicação seguinte: "Um jogo consiste em deslocar certas coisas ao longo de uma superfície de acordo com certas regras..." - e nós respondêssemos: Parece estar a pensar em jogos de tabuleiro; mas há muitos outros jogos. Podes corrigir a tua explicação restringindo-a expressamente a esses jogos. (WITTGENSTEIN, 2008, p. 174)

Tomando como base essa citação, lograr-se-á apresentar a noção de *uso* no *segundo Wittgenstein* a partir de sua crítica à concepção agostiniana da linguagem. Se para Santo Agostinho (1980) os átomos da linguagem seriam os nomes capazes de designar diretamente os objetos do mundo, somente servindo para descrevê-lo; para Wittgenstein a linguagem, conforme o *uso* que se faz dela, pode servir a muito mais do que simplesmente descrever algo. Dentro da função de transmitir informações de um indivíduo a outro, a linguagem muito mais do que descreve estado de coisas no mundo. No plano jurídico, por exemplo, a linguagem prescreve comportamentos. Está, pois, muito além da mera descrição. Para o autor das *Investigações filosóficas* (WITTGENSTEIN, 2008) a imensa maioria das manifestações da linguagem somente pode ser entendida no interior de um contexto. A interpretação do texto legal não foge à regra. Como destaca Mário Eduardo Martelotta, "podemos dizer que as informações, na prática, nunca se limitam ao conteúdo da mensagem em si" (MARTELOTTA, 2013, p.32). Observe-se que o *uso* da linguagem dá-se num contexto qualquer, inclusive no altiplano constitucional. Dentro dessa perspectiva, falar em significação baseada no *uso* implica admitir que uma manifestação da linguagem só pode fazer sentido a partir do momento em que compreendemos o contexto da manifestação linguística: "Ou seja, a interpretação adequada de uma frase pode, por exemplo, depender de informações transmitidas em frases proferidas anteriormente (contexto linguístico) ou de dados entre os interlocutores (situação extralinguística)" (MARTELOTTA, 2013, p.32).

José Afonso da Silva, dentro da hermenêutica contextual (ou "hermenêutica do sentido" como ele mesmo diz - SILVA, 2009, p.17), verbera:

O contexto extratexto é histórico, o que vale dizer que não é estático, mas dinâmico, porque evolui. E é este evoluir que imprime mudanças constitucionais ao longo do tempo; ou seja, é ele que ocasiona mudanças constitucionais semânticas (mudança de sentido) sem alteração formal do seu texto - o que prova mais uma vez que a norma não se confunde com o texto. (SILVA, 2009, p.18)

Enfim, a partir da definição de *uso*, conclui-se que, para Wittgenstein, a linguagem, que serve para muito mais do que descrever o mundo, não pode ser separada dos contextos de *uso*. A interpretação não pode se desvencilhar do contexto. Para melhor entendimento da extração do sentido da norma a partir do texto normativo, à definição de *uso* juntaremos a noção de *jogos de linguagem*, a respeito da qual escreveu o filósofo:

Também podemos conceber que todo o processo de uso das palavras em (2) seja um daqueles jogos por meio dos quais as crianças aprendem sua língua natal. A estes jogos quero chamar *jogos de linguagem* e falarei por vezes de uma linguagem primitiva como sendo um jogo de linguagem. E poder-se-ia chamar aos processos de nomear as pedras e repetir as palavras também jogos de linguagem. Pensa no uso que se faz de palavras em jogos de roda. Chamarei também ao todo formado pela linguagem com as atividades com as quais ela está entrelaçada o "jogo de linguagem" (WITTGENSTEIN, 2008, p. 177)

Esse pequeno fragmento faz descortinar uma das características mais importantes do pensamento do *segundo Wittgenstein*. Para quem, ao invés de se falar de "a linguagem" como uma entidade quase transcendente, diz-se bem *jogos de linguagem*. A escolha dessa expressão baseia-se no fato de que, assim como a expressão "jogo" pode adquirir diversos sentidos em diversos contextos, a palavra "linguagem" pode, corretamente, ser empregada para referir as mais diversas formas de manifestação (as mais diversas formas de *uso*). A própria conformação fragmentária e fracionada de boa parte das normas constitucionais põe em relevo noções de *uso* e de *jogos de linguagem* na exegese de disposições cuja aplicação exige densificação pelo intérprete. Grande parte das normas constitucionais - e aqui estamos de pleno ajuste com Inocêncio Mártires Coelho - limitam-se "a enunciar princípios ou critérios gerais de valoração, que não podem exercer a função de premissa maior de um silogismo subsuntivo e, por isso, só se tornam operantes depois de densificados e concretizados pelo intérprete-aplicador" (COELHO, 2003, p.91).

Dentro dessa perspectiva, podemos afirmar que, assim como existem diversos tipos de jogo, com os mais diversos tipos de regras, existem diversos complexos de regras que nos permitem falar (jogar) uma linguagem (um jogo de linguagem). Assim como é correto afirmar que "ping e pong" e "xadrez" são

igualmente jogos, não é menos correto dizer, diferentemente do que poderia querer Agostinho (1980), que uma ordem como "emita a certidão" e uma descrição são, da mesma forma, manifestações de linguagens (de jogos de linguagem). Dessa forma, levando em conta a noção de *jogos de linguagem*, pode-se salientar que indivíduos sabem como proceder nos contextos, porque, tal como para jogar seguem as regras do jogo que escolheram, para se comunicar são igualmente forçados a seguir as regras de um, ou mais, jogos de linguagem. A própria noção de contexto, como empregada aqui, somente pode ser pensada por analogia com a situação dos indivíduos que se vêm em meio à necessidade de seguir as regras sociais de um jogo. De efeito, é no contexto dos *jogos de linguagem* que os sentidos normativos são produzidos e se modificam, sobretudo quando se fala em normas constitucionais. Interessa averbar, ainda, que a captação do sentido normativo não é monopólio do Estado (Executivo, Legislativo, Judiciário), mas constitui atividade aberta à sociedade civil, da qual a interpretação constitucional é tida por "inorgânica" (KUBLISCKAS, 2009, p.133). Peter Häberle é mencionado em trabalhos importantes sobre o tema da mutação constitucional justamente por sua visão acerca da *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Para Häberle, "todas as potências públicas (cidadãos, grupos de interesse, a opinião pública etc.) devem participar ativamente da construção e da atualização do sentido da Carta, atuando, ao menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional" (RAMOS, 2013, p.167).

O tema dos *jogos de linguagem* é tão complexo que não se poderia, segundo Wittgenstein, sequer identificar uma essência a partir da qual todos eles pudessem ser unificados. A linguagem não se conforma a um jogo de linguagem tampouco se unifica em algum ponto comum a todos eles. Daí, inclusive, a dificuldade da doutrina constitucional na obtenção de consenso sobre os limites da mutação constitucional. O controle não se estabelece no plano dos *jogos de linguagem*, cuja unidade não se pode afirmar no plano lógico. Contudo, se não se dizer em que se constitui a essência da linguagem, pode-se asseverar que existe *alguma unidade* em tudo aquilo que costumamos chamar de linguagem. Para pensar tal unidade, Wittgenstein lança mão da noção de "semelhança de família":

Em vez de especificar o que é comum a tudo aquilo a que chamamos linguagem, eu afirmo que todos esses fenômenos nada têm em comum, em virtude do qual nós utilizamos a mesma palavra para todos – mas antes que todos eles são *aparentados* entre si de muitas maneiras diferentes. Quero tentar esclarecer isto.

Considera, por exemplo, os processos aos quais chamamos "jogos". Quero com isto dizer os jogos de tabuleiro, os jogos de carta, os jogos de combate, etc. O que é comum a todos eles? Não respondas: "Tem de haver alguma coisa em comum, senão não se chamariam jogos" – mas olha para ver se têm alguma coisa em comum. Porque, quando olhares para eles não verás de facto o que

todos têm em comum, mas verás parecenças, parentescos, e em grande quantidade. (...)

Não consigo caracterizar melhor essas parecenças do que com a expressão “parecenças de família”. (WITTGENSTEIN, 2008, p. 227-228)

Há nesse fragmento uma clara explicação daquilo que, no pensamento do *segundo Wittgenstein*, pode-se entender da noção de *semelhança de família* (ou *parecença de família*). Essa noção tem a função de pensar a unidade *sem remetê-la a uma rigorosa abstração conceitual*. Por aqui já se percebe a razão pela qual Uadi Lammêgo Bulos sustentava que "é impossível estipular critérios exatos para o delineamento dos limites da mutação constitucional" (BULOS, 1997, p.89). As características dinâmica e prospectiva das constituições colocam-nas em mira de processos informais, desorganizados e imprevisíveis de alteração de significado normativo sem alteração do texto. A doutrina constitucional alude ao termo *poder constituinte difuso* para designar um plexo espontâneo, inorgânico e não determinável que fundamentaria o processo de mutação constitucional de renovação de sentido a partir do mesmo enunciado normativo.

Ainda que se reconheça, com Nadja Machado Botelho, a importância no campo da mutação constitucional da tão decantada delimitação do espaço próprio da reforma informal, da desejável vinculação ao texto na extração do sentido da norma e da necessidade de legítima mudança social na admissão da mutação constitucional (BOTELHO, 2011, p.34 e 41), é de rigor aditar que tudo isso constitui, antes, aspirações para um resultado satisfatório da interpretação constitucional do que propriamente limites à mutação. O tema da limitação da mutação constitucional é feraz em controvérsias e não se pretende discuti-lo aqui com detalhamento, até porque, como é cediço, dele Wittgenstein não tratou diretamente. Todavia, algumas ilações de nossa responsabilidade, não atribuíveis ao grande filósofo, poderiam ser levadas adiante com a finalidade apenas de modestamente contribuir, jamais resolver, o debate.

De saída, diga-se que admitir verdadeiro limite, no plano da linguagem, às reformas informais da Constituição implicaria aceitar também algo fixo na linguagem a partir do qual a mutação não pudesse avançar. Ocorre que tal é incompatível com a filosofia da linguagem ordinária. Pressupor critérios rígidos e dotados de exatidão no controle da alteração do significado pode gerar paradoxos na mesma intensidade e medida daquelas tentativas metafísicas de buscar extrair da linguagem uma espécie de essência, como o fizeram Santo Agostinho e a visão de Wittgenstein no *Tratado lógico-filosófico* (*primeiro Wittgenstein*).

Mesmo aquelas proposições indubitáveis nalguns jogos de linguagem podem ser superadas em outros jogos de linguagem reconhecidamente aparentados por semelhança de família. As proposições, das quais não ousamos duvidar por nos parecerem tão óbvias que ao fazê-lo nos sentiríamos ridículos, formam como que um leito de rio cujas águas das demais proposições fluem:

94. Mas eu não obtive a minha imagem do mundo por me ter convencido de sua justeza, nem a mantenho porque me convenci de sua justeza. Pelo contrário, é o quadro de referências herdado que me faz distinguir o verdadeiro do falso.

95. As proposições que descrevem esta imagem do mundo poderiam pertencer a um espécie de mitologia. (...)

97. A mitologia pode regressar a um estado de fluidez, o leito dos rios do pensamento pode desviar-se. Mas eu distingo entre o movimento das águas no leito do rio e o desvio do próprio leito; ainda que não haja uma nítida demarcação entre eles. (...)

99. E a margem daquele rio consiste, em parte, em rocha dura não sujeita a alteração ou apenas a uma alteração imperceptível e, noutra parte, em areia que ora é arrastada, ora se deposita. (WITTGENSTEIN, 1969, p. 41)

É a partir de proposições indubitáveis, como a supremacia da Constituição, que jogamos o jogo da linguagem constitucional. Se pretendemos jogar xadrez, não podemos questionar o fato de a vitória se dar no momento em que o rei de um dos jogadores é tomado, na medida em que esta última proposição é uma daquelas que se constituem na condição de possibilidade de por assim dizer jogar xadrez. Do mesmo modo não podemos mudar ou excluir postulados fundamentais que nos permitam jogar o jogo tal como estipulado pelo Poder Constituinte Originário; ao fazê-lo, joga-se outro jogo.

Por conseguinte, será que poderíamos aceitar mutações constitucionais que suprimissem o sentido das cláusulas pétreas, por exemplo? Antes de responder à questão, mister reconhecer que as cláusulas pétreas também são constituídas de linguagem e, como tal, é a partir de um enunciado normativo que se lhes extrai o sentido (a norma da cláusula pétrea). Bem, sendo fato que muitas vezes as águas levam pedras da margem do rio, depositando-as noutra margem, mesmo cláusulas pétreas podem variar de sentido no decorrer da história. Toda produção de conhecimento humano está sempre condicionada a determinado momento histórico-cultural. É bastante comum hoje em dia dizer que a tabela periódica é formada por uma quantidade imensa de elementos; por outro lado, um grego, muito provavelmente, ficaria pasmo se lhe dissessem que há muito mais de quatro elementos (fogo, água, terra e ar). Até as proposições mais basilares do Direito não só podem ser arrastadas pelo rio das transformações do conhecimento, como também podem sofrer flutuações momentâneas no interior de um determinado jogo de linguagem. Linguagem e conhecimento humano são como um rio: algumas certezas são como o leito do rio, e, conseqüentemente, a própria condição de possibilidade de falarmos e construirmos conhecimento (os saberes). Todavia, as próprias certezas podem, ainda que com mais dificuldade, ser arrastadas pelo rio. Retornemos Wittgenstein: "559. *Você deve ter em atenção que o jogo de linguagem é, por assim dizer, imprevisível. Não se baseia em fundamentos. Não é razoável (ou irrazoável). Está*

aí – tal como a nossa vida." (WITTGENSTEIN, 1969, p. 157).

Contudo, se é inevitável que, mesmo as cláusulas pétreas, por imperativo lógico e metodológico, submetam-se à alteração de sentido sem modificação do texto, inexorável também é que, ao admiti-las, podemos ser constrangidos a admitir que o jogo mudou, conforme a intensidade da mudança. Remarque-se: não será mais xadrez o jogo cuja vitória não coincide com o momento em que um jogador toma o rei do adversário. Com efeito, ainda que o controle não se estabeleça no plano da linguagem, pois os jogos de linguagem são indomáveis, admite-se que os intérpretes da Constituição, por meio da linguagem, reconheçam limitações que impliquem manter o jogo constitucional tal como deve ser jogado, sob pena de se jogar outro jogo, agora não constitucional, um jogo inconstitucional.

Fechado o parêntese, veja-se que a noção de "semelhança de família", conquanto não compactue com uma unidade essencial e rigorosa da linguagem, permite pensar uma unidade que, longe de se basear em uma única característica que sintetizasse o que é a linguagem, pauta-se em uma enumeração de várias características que são comuns entre os diversos *jogos de linguagem*, ou entre os diversos "usos" que são permitidos no interior de um determinado jogo de linguagem. Daí o nome "semelhança de família". Noutros dizeres, à míngua de uma única característica capaz de resumir tudo o que há de comum entre os membros de uma família, entremostra-se factível enumerar um grupo de características (cor dos olhos, traços faciais, andar etc.) que nos ajudem a pensar a unidade de uma família.

Destarte, retomando o fio do raciocínio, a falta de uma unidade rigorosa não obsta que se estabeleça *algum tipo de unidade por semelhança de família*; perceber isso é importante, pois a partir disso poder-se-ia melhor trabalhar a tormentosa questão dos limites da mutação constitucional. É azado, doravante, tratar noção de "gramática", a propósito da qual consignou Wittgenstein:

Com estas reflexões chegamos ao ponto em que se põe o problema: até que ponto é a lógica algo de sublime?(...)

St. Agostinho (Confissões XI/14) diz: "quid est ergo tempus? Si nemo ex me quaerat scio; si quaerenti explicare velim, nescio". - Isto não se poderia dizer de um problema científico (como o de determinar o peso específico do hidrogênio). Aquilo que sabemos se ninguém nos perguntar, e que já não sabemos se tivermos que explicá-lo, é algo que temos que *trazer à consciência*. (E obviamente é algo que, por um motivo qualquer, dificilmente trazemos à consciência).

Para nós é como se nosso olhar tivesse que *penetrar através* dos fenômenos: mas a nossa investigação não se dirige para os *fenômenos* mas, poder-se-ia dizer, para a possibilidade dos fenômenos. Isto significa que o que trazemos à consciência são os *gêneros de proposições*.

Por isso a nossa investigação é uma investigação gramatical. E esta investigação ilumina o nosso problema por afastar uma possível má-compreensão. Uma má compreensão que diz respeito ao uso das palavras, provocada, entre outras coisas, por certas analogias entre formas de expressão em domínios diferentes de nossa linguagem. (WITTGENSTEIN, 2008, p. 247-249)

À vista desse excerto, diga-se que o *segundo Wittgenstein* nas *Investigações filosóficas* (WITTGENSTEIN, 2008), para usar uma expressão de Pears (1971), toma um posicionamento antiessencialista, dentro do qual, não se pode mais falar, no mesmo sentido que no *Tratado lógico-filosófico* (WITTGENSTEIN, 1968), de uma delimitação clara entre o que, universalmente, está de acordo com as regras da gramática (lógica) e o que está fora dos limites de tal gramática. Na perspectiva do *segundo Wittgenstein* os seguidores da visão agostiniana da linguagem (principalmente, os seguidores do *Tratado*) acabam errando, justamente, por tentarem, com analogias (como se vê pela citação acima), unificarem a gramática na figura da lógica. Como já averbado, a linguagem só pode ser unificada por intermédio de procedimentos de semelhança de família. Dentro dessa perspectiva, a gramática deve, a partir de agora, ser vista como uma teia que, diferentemente da lógica, se ramifica e produz regras para os diferentes usos da linguagem. Assim, por exemplo, quando o juiz de paz, depois da manifestação de vontade dos nubentes, diz: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados" não está, veladamente, seguindo a função lógica da linguagem e descrevendo um estado de coisas no mundo. Ele efetivamente consuma um ato jurídico.

Nessa teia de usos poder-se-ia compreender as *manifestações da mutação*. Segundo Bulos, a interpretação, a construção e a prática constitucional seriam *algumas* "modalidades" de processos informais de alteração do sentido (BULOS, 1997, p.71). A bem da verdade, seriam meios de efetivação historicamente apurados na experiência constitucional. Advirta-se, como reconhece Bulos:

"Na realidade, não podemos enumerar, com a pretensão de esgotar a matéria, o rol de todas as hipóteses em que os dispositivos de uma Carta Suprema sofrem mutações no seu sentido, significado e alcance, sem mudar a forma prescrita pela manifestação constituinte originária" (BULOS, 1997, 65).

E, de fato, a doutrina brasileira sói apontar as posições de Hsü Dau-Lin, Manuel García Pelayo, Paolo Biscaretti Di Ruffia, Pedro de la Vega, Georg Jellinek, Anna Candida da Cunha Ferraz sobre o assunto (BULOS, 1997, p.63 e ss.; BOTELHO, 2011, p.32), pensadores que apresentariam variados meios de reforma informal, cujo rol aqui é despiciendo consignar à vista dos objetivos desse texto.

De qualquer forma, a conclusão de Bulos não poderia ser outra. Pensar o contrário seria impor à teia da linguagem, da qual a Constituição e o Direito são feitos, critérios que não lhe são próprios. Como explica Pears (1971), enquanto no *primeiro Wittgenstein* as leis da lógica estabeleciam os limites entre a linguagem e o seu fora; no *segundo Wittgenstein*, a teia de regras gramaticais estabelece apenas balizas que procurem impedir que os diversos “usos” presentes em um jogo de linguagem se contaminem mutuamente ou sejam reduzidos entre si.

Outra noção relevante com a qual se almeja aqui trabalhar no pensamento de Wittgenstein é a noção de *formas de vida*. Segundo o filósofo:

Mas quantas espécies de proposições há? Talvez asserção, pergunta e ordem? Há um número incontável de espécies: incontáveis espécies diferentes da aplicação daquilo a que chamamos "símbolos", "palavras", "proposições". E esta multiplicidade não é nada de fixo, dado de uma vez por todas; mas antes novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem, como poderíamos dizer, surgem e outros envelhecem e são esquecidos. (A evolução da Matemática pode dar-nos uma *imagem aproximada* desta situação). A expressão *jogo* de linguagem deve aqui realçar o facto de que falar uma língua é uma parte de uma actividade ou de uma forma de vida. (WITTGENSTEIN, 2008, p. 189)

Esse fragmento resume boa parte do pensamento do *segundo Wittgenstein*. Cumpre entretanto dizer, para melhor compreensão do assunto, que, diversamente do Wittgenstein do *Tratado lógico-filosófico (primeiro Wittgenstein)*, em que as regras (lógicas) estavam ocultas de todos, e somente poderiam ser acessadas pela figura do filósofo entendido como aquele capaz de se livrar dos “usos” inadequados da linguagem; já nas *Investigações filosóficas* (WITTGENSTEIN, 2008) as regras não são algo oculto que deve ser desvelado. Ao revés, as regras são algo tão imanente que a tentativa de se tentar extraí-las como se faria com uma essência constitui-se em uma tentativa malfadada.

Uma vez que se perde o carácter lógico e rígido, vemo-nos em uma concepção que enxerga a linguagem como fundida com a própria práxis da vida; a vida e a linguagem formam um *continuun* onde, tal como mostra o final da citação acima, falar uma língua é parte da vida, ou seja, é uma parte de um conjunto de práticas que define a vida de um grupo (cultura, civilização) ou subgrupo de indivíduos. Essa noção é fundamental para a compreensão do fenómeno da mutação constitucional. Como bem escreveu José Afonso da Silva: "Ela [a Constituição] é um texto que está no mundo, independente daqueles que a captam" (SILVA, 2009, p.13). É assim que, a partir da noção de *formas de vida*, pode-se perfeitamente compreender o esplendor da assertiva da doutrina no sentido de ver na Constituição um organismo vivo (BULOS, 1997, p.3). Destaque esse que pode ser generalizado para o Direito em si. O Direito, na condição de linguagem, é um organismo vivo. Como destacou Vargas: "...as

constituições mostraram-se, na prática, assim como quaisquer leis, um organismo vivo, pois sem qualquer alteração no texto, elas vão se modificando, assumindo significados novos..." (VARGAS, 2014, p.30).

Essa situação é bastante inteligível se pensarmos na situação de imanência que perpassa os jogos de linguagem: os jogos de linguagem devem se entrelaçar com a vida; tal entrelaçamento faz com que nada, em tais jogos de linguagem, adquira um rigor axiomático e perca a espontaneidade que é própria da vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No paradigma contemporâneo da linguagem, indagações acerca do *sentido* do discurso ocupam posição central do pensamento ocidental. É pressuposto do presente estudo não conceber o Direito noutra quadrante a não ser no da linguagem. Nessa seara é que questões sobre depuração do sentido da Constituição merecem ser investigadas. A partir da filosofia da linguagem ordinária, pôde-se pressentir a relevância da análise da linguagem na compreensão de institutos jurídicos, dentre os quais o da interpretação constitucional e do processo de reforma informal da Constituição. A característica mais marcante da revolução operada pelo pensamento de Wittgenstein constitui-se no fato de este ter relacionado as velhas questões filosóficas com o plano das vivências mais imanentes. Nesse quadro, vigorosamente debatidas pela doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, sem pretensão de completude, algumas questões ligadas à mutação constitucional foram apresentadas à luz dos pensamentos presentes na obra *Investigações filosóficas*.

Para o *segundo Wittgenstein*, as diversas expressões daquilo que chamaríamos de linguagem adquirem sua significação devido ao *uso* que delas é feito em determinados contextos. O significado de certo enunciado constitucional é definido pelo intérprete não sem consideração de significados outros, dentro e fora do mesmo Diploma Maior. Variáveis que são os contextos, mutáveis em igual medida também os significados da Constituição. A experiência constitucional nacional e internacional reconhece a mutação constitucional como meio de alteração informal do significado das normas constitucionais na condição de fator evolutivo do Texto diante da modificação de outros significados nos jogos de linguagem presentes no seio social.

À impossibilidade de se estabelecer unidade rigorosa para o que seja a linguagem como um todo, resta ao intérprete falar de uma unidade aproximada como aquela que faz com que a palavra "jogo" possa a ser aplicada a milhares de situações diversificadas. Nessa multiplicidade vivenciada desenvolve-se intersubjetivamente o fenômeno da variação do sentido em idas e vindas até reconhecimento, orgânico ou não, da mutação constitucional. A noção de *semelhança de família* ao tempo que rechaça a pretensão de o intérprete encontrar um único ponto que reúna tudo aquilo que se refere à linguagem, conforta-o ao lhe permitir pensar um novo tipo de unidade, baseada em características

comuns. Não há ponto fixo, mas vetores axiomáticos reconhecidamente vivenciados na práxis constitucional que conferem alguma unidade ao sistema jurídico. Esses mesmos vetores maiores podem assumir o papel de *standards* protetores; uma vez rompidos, joga-se outro jogo, não constitucional.

Constituições têm vida. Nesse sentido é que a linguagem constitucional funde-se com a imanência da vida, num contínuo linguagem-vida que correspondente à noção de *formas de vida*. Se certezas existem como proposições inegáveis, não são eternas. Nada é, nem a margem, nem o rio.

Referências

- AGOSTINHO, S. *Confissões*. Petrópolis: Vozes, 2011.
- AGOSTINHO, S. *De magistro* in AGOSTINHO, S. São Paulo: Abril cultural, 1980.
- ANTUNES. M.V.M. *Mudança constitucional: o Brasil pós-88*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ªed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BOTELHO, N.M. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BULOS, U.L. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CARNAP. R. *Empirismo, semântica e ontologia* in CARNAP, R e SCHILIK, M. *Carnap/Schilik*. São Paulo: Abril cultural, 1980a.
- CARNAP. R. *Pseudo-problemas na filosofia* in CARNAP, R e SCHILIK, M. *Carnap/Schilik*. São Paulo: Abril cultural, 1980b.
- COELHO, I.M. *Interpretação constitucional*. 2ªed. Rev.Aum. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- KANT, I. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Caloust Gulbenkian, 2001.
- KUBLISCKAS, W.M. *Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informação da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009.
- LEOPOLDO E SILVA, F. *O classicismo em filosofia* in GUINSBURGK, J (org). *O Classicismo*. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- MARTELOTTA, M.E. *Funções da linguagem*. In: MARTELOTTA, M.E.(org.). *Manual de linguística*. 2ªed.2ªreimp. São Paulo: Contexto, 2013. p. 31-36.
- MOORE, G, E. *Uma defesa do senso comum* in RUSSELL, B e MOORE, G, E. *Russell/Moore*. São Paulo: Abril cultural, 1974.
- MORAES NETO, J. *Aristóteles*. Londrina: Eduel, 2012.
- MULLER, M, S e CORNELSEN, J, M. *Normas e padrões para teses dissertações e monografias*. Londrina: Eduel, 2007.
- NOGUEIRA, A.S. *Direito e linguagem: o processo interpretativo jurídico sob uma perspectiva semiótica*. Curitiba: Juruá, 2013.
- PARMÊNIDES. *Da natureza*. São Paulo: Loyola, 2002.
- PEARS, D. *As idéias de Wittgenstein*. São Paulo: Cultrix, 1971.
- PORTA, M.A.G. *A filosofia a partir de seus problemas*. São Paulo: Loyola, 2002.
- RAMOS, C.H. *Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional*

- evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013.
- RUSSELL, B. *A filosofia do atomismo lógico* in RUSSELL, B e MOORE, G, E. *Russell/Moore*. São Paulo: Abril cultural, 1974.
- SILVA, J.A. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- VARGAS, D.S. *Mutação constitucional via decisões aditivas*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- WITTGENSTEIN, L. *Da certeza*. Lisboa: Edições 70, 1969.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas* in WITTGENSTEIN, L. *Tratado lógico-filosófico e Investigações filosóficas*. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 2008.
- WITTGENSTEIN, L. *Observações filosóficas*. São Paulo: Loyola, 2005.
- WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Lógico-philosophicus*. São Paulo: Companhia editorial nacional e Editora da universidade de São Paulo, 1968.

NEOCONSTITUCIONALISMO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Thadeu Augimeri de Goes Lima⁸⁸

Winnicius Pereira de Góes⁸⁹

RESUMO: O artigo traça uma breve sinopse de algumas das principais ideias e discussões inseridas na concepção doutrinária conhecida como neoconstitucionalismo, abordando especialmente a evolução histórica dos vínculos entre o constitucionalismo, os direitos fundamentais e o Estado, o novo papel reconhecido às Constituições e a consagração dos Estados Democráticos de Direito após a Segunda Guerra Mundial, como pressupostos para a análise da asseverada nova hermenêutica constitucional. Utiliza preferencialmente os métodos histórico-evolutivo, histórico-comparativo, comparativo e dialético e firma posições relativamente aos temas tratados, notadamente observando a transformação paradigmática operada no Direito, que desloca o epicentro do ordenamento jurídico para a Constituição, e sustentando a necessidade de superar a visão da Constituição como singelo texto, em direção à articulação com seus significados ético-comunitário e sociopolítico mais profundos, e de abrir sua (pré-)interpretação à sociedade.

INTRODUÇÃO

O chamado *neoconstitucionalismo* consiste em uma perspectiva doutrinária que, embora tenha se iniciado há mais de meio século na Europa, logo após o término da Segunda Guerra Mundial, veio a conquistar maior espaço no Brasil em tempos relativamente recentes.

⁸⁸ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) (2012). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) (2007). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) (2001). Membro-fundador, vice-presidente e pesquisador do Instituto Ratio Juris - Pesquisa, Publicações e Ensino Interdisciplinares em Direito e Ciências Afins. Colunista do website Jurisconsultos (www.jurisconsultos.org), na seção Transformações no Direito Processual; Coordenador e professor do curso de pós-graduação, nível de especialização, em;Ministério Público e Estado Democrático de Direito, da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), unidade de Londrina. Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Paraná, titular na Comarca da Região Metropolitana de Londrina.

⁸⁹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Arthur Thomas (FAAT/Londrina). Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direitos Humanos e Democracia pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Ius Gentium Conimbrigae (FDUC). Membro-fundador, Presidente e pesquisador do Instituto Ratio Juris - Pesquisa, Publicações e Ensino Interdisciplinares em Direito e Ciências Afins. Professor do curso de pós-graduação, nível de especialização, em Ministério Público e Estado Democrático de Direito,, da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR), unidade de Londrina. Professor do curso de pós-graduação, nível de especialização, em Direito Negocial: Direito Penal Econômico da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR), unidade de Arapongas. Professor do curso de pós-graduação, nível de especialização, em Práticas Trabalhistas;, da Faculdade do Norte Novo do Paraná (FACNOPAR). Colunista do site Jurisconsultos. Advogado.

De fato, foi basicamente por volta do final da década de 1990 e do início dos anos 2000 que as principais ideias e discussões inseridas em tal concepção passaram a ser difundidas de modo mais amplo em nosso país, primeiramente nos ambientes acadêmicos e na sequência ganhando terreno e relevância nas práticas jurídicas como um todo.

Hodiernamente, restam sobremaneira assimilados conceitos como “força normativa da Constituição”, “normatividade dos princípios” e “âmbitos de eficácia dos direitos fundamentais”, dentre outros que encontram suas origens nas correntes que compõem esse importantíssimo e realmente transformador marco teórico.

Ademais, é corrente asseverar que as peculiaridades do neoconstitucionalismo impõem também um renovado paradigma interpretativo para os textos constitucionais, dotado de métodos próprios, específicos e inconfundíveis com os sustentados pela hermenêutica tradicional, autorizando assim fazer alusão a uma “nova hermenêutica constitucional”.

Eis, resumidamente, o objetivo deste artigo: correlacionar o neoconstitucionalismo com o apregoado novo modelo interpretativo, no escopo de verificar se a metodologia que este preconiza é apta ou insuficiente para a concretização da Constituição, especialmente no que tange ao cumprimento de suas promessas emancipatórias.

São preferencialmente utilizados, na consecução da tarefa proposta, os métodos histórico-evolutivo, histórico-comparativo, comparativo e dialético. Com efeito, procede-se ao exame das origens e do desenvolvimento histórico dos conceitos e institutos abordados e o seu cotejo, tanto espaço-temporal quanto recíproco, bem como são confrontadas e criticamente avaliadas as diferentes orientações de respeitados juristas que se debruçaram sobre os assuntos, procurando organizá-las em sínteses superadoras de suas possíveis contradições.

Na primeira seção do trabalho se enfatiza a evolução histórica dos vínculos entre o constitucionalismo, os direitos fundamentais e o Estado. Em seguida, na segunda seção, são tecidas considerações sobre o neoconstitucionalismo e a consagração das Constituições normativas e dos Estados Democráticos de Direito. A terceira seção se ocupa da constitucionalização do ordenamento jurídico e das peculiaridades da alegada “nova hermenêutica constitucional”, encerrando-se com a conclusão obtida no trato da matéria.

1. CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO: UM SUCINTO ESCORÇO HISTÓRICO

Um acurado exame retrospectivo é capaz de revelar que os direitos fundamentais, o constitucionalismo e o Estado (Moderno) são fenômenos que tiveram origens e trajetórias históricas diversas e, durante longo tempo, até paralelas, vindo a se entrecruzarem e se conectarem de maneira indissociável, em mútua implicação, apenas a partir do final do século XVIII, com a

consagração da noção de Estado de Direito, ainda de cunho marcadamente liberal e individualista.

Com efeito, no que tange aos primeiros direitos fundamentais, embora o posicionamento majoritário negue que hajam encontrado na Antiguidade o seu nascedouro, é certo que nela, por obra da religião, em especial do Cristianismo, e da filosofia greco-romana, surgiram ideias-chave que, posteriormente, culminariam por influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e sua concepção de direitos naturais e inalienáveis do ser humano, os quais lhe seriam inerentes em virtude tão-somente de tal condição, justificando assim a denominação desse período como “Pré-História” dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 37-38).

É corrente asseverar que a História propriamente dita dos direitos fundamentais, tomados na acepção de verdadeiras conquistas no plano jurídico-empírico, e não de meras formulações ou aspirações teóricas, ostenta seu *marco inicial principal*⁹⁰ na *Magna Charta Libertatum*, firmada pelo rei João Sem-Terra, em 1215, na Inglaterra (DALLARI, 2010, p. 271; GRECO FILHO, 1998, p. 27; SARLET, 2009, p. 41). Mencionado pacto, conquanto representasse notadamente a outorga de privilégios feudais à nobreza inglesa, não estendidos ao restante da população, num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, serviu de ponto de referência a alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a proteção à propriedade privada (GRECO FILHO, 1998, p. 27-29; SARLET, 2009, p. 41). Ademais, a singularidade do desenvolvimento jurídico-político inglês remonta ao entendimento que desde a Idade Média se criou e se consolidou sobre os limites do poder dos reis e os direitos dos súditos, o que atribui àquele documento um significado que transcende o de um simples texto em que se combinam aquisições bem particularizadas com um Direito natural de inspiração cristã (MIRANDA, 2002, p. 72).

A *Magna Charta Libertatum* é tida também como o ponto inaugural dos primórdios do constitucionalismo bretão (CANOTILHO, 2002, p. 55; MIRANDA, 2002, p. 71). De fato, a ideia de conferir sentido jurídico à Constituição de um povo teve seu berço na Inglaterra medieval, não pela afirmação direta de se tratar de uma instituição jurídica, mas indiretamente, pela compreensão da Constituição da sociedade como repositório e síntese de costumes consagrados pela tradição e reconhecidos pelo direito costumeiro, e evoluiu em seguida para solucionar conflitos políticos envolvendo diferentes interesses e concepções de legitimidade do poder, assim estabelecendo padrões de organização e de comportamento (DALLARI, 2010, p. 171-172). O constitucionalismo, posteriormente, já no século XVIII, espalhou-se pelo continente europeu e pela América do Norte, tomando ares de movimento notabilizado pela exigência comum de dotar os Estados de *Constituições escritas*, bem como agregando novos contornos e peculiaridades em cada contexto

⁹⁰ INGO WOLFGANG SARLET (2009, p. 41) anota que a *Magna Charta Libertatum* não foi o único e nem o primeiro texto de tal natureza, destacando as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis nos séculos XII e XIII. VICENTE GRECO FILHO (1998, p. 29-30), ao seu turno, relembra como antecedentes dotados de grande relevância as “Constituições de Melfi”, de Federico II de Svevia.

sociopolítico e histórico-geográfico que veio a alcançar. Destarte, é possível falar em vários constitucionalismos ou, ao menos, em vários *modelos de constitucionalismo*, se o considerarmos um *processo evolutivo*, ou um *projeto inacabado e em constante construção*, cujas vertentes mais se assemelham a fases que se acrescem, dentre os quais se costumam destacar como expoentes o inglês, o norteamericano e o francês (BARROSO, 2009, p. 10-33; CANOTILHO, 2002, p. 51; MIRANDA, 2002, p. 71-108; STRECK, 2002, p. 225-282).⁹¹ Em todas essas matrizes, todavia, vislumbrava-se a preocupação central de impor restrições ao poder do soberano, dirigidas à preservação de prerrogativas pessoais dos indivíduos contra abusos e desmandos.

As observações acima permitem constatar que os vínculos entre os direitos fundamentais e a Constituição são mais antigos do que os que unem tais elementos à forma estatal moderna de organização político-comunitária. Nesse sentido, leciona DALMO DE ABREU DALLARI que

O constitucionalismo nasceu durante as disputas medievais pelo domínio sobre terras e populações, com a afirmação de lideranças e costumes próprios de cada região. Assim nasceu a Constituição costumeira, que aos poucos foi sendo reconhecida como fato e como direito, passando a ser invocada como base e fundamento da organização social, dos direitos individuais e do poder político. A consciência da existência de uma constituição, como expressão da individualidade e da história de um povo, surgiu e se desenvolveu no quadro das lutas contra o Absolutismo, tendo papel de extrema relevância na busca de redução ou eliminação de fatores de dominação e na luta pela abolição de privilégios. Muitos séculos depois, passando por várias etapas, se fará a ligação entre Constituição e Estado, mas bem antes disso já se tinha tomado consciência da necessidade da Constituição para a existência de um povo livre, no qual a organização e a convivência sejam baseados na justiça. (2010, p. 45)

Por sua vez, o Estado, na acepção de ordenação política unitária maior, estruturada em torno dos componentes essenciais *poder, povo e território*, é um fenômeno tipicamente moderno. HERMANN HELLER (1983, p. 79) acentua que ele, “como nome e como realidade, é algo, do ponto de vista histórico, absolutamente peculiar e que, nesta sua moderna individualidade, não pode ser

⁹¹ Traço distintivo marcante entre os modelos de constitucionalismo inglês e francês é que o primeiro teve desenvolvimento progressivo e constante, lastreado na tradição histórica e na sedimentação e continuidade de conquistas da sociedade em relação à Coroa, ao passo que o segundo significava verdadeira e aberta ruptura com a ordem sociopolítica estamental e absolutista à época vigente e profundamente arraigada (CANOTILHO, 2002, p. 52-58; PALOMBELLA, 2005, p. 40-41). No que tange ao modelo de constitucionalismo norteamericano, originou-se a partir do congêneres inglês e da incorporação do pensamento político do século XVIII, postos perante as condições peculiares da América do Norte (MIRANDA, 2002, p. 84).

trasladado aos tempos passados.” Ainda de acordo com HELLER (1983, p. 83-84), a palavra *Estado*, introduzida na literatura por NICOLAU MAQUIAVEL, em sua clássica obra *O Príncipe*, acertadamente designou uma ideia totalmente nova, posto que, a partir da Renascença, na Europa continental, as poliarquias, que até então tinham configuração territorial imprecisa e cuja coerência era instável, transformaram-se em *unidades de poder* contínuas e fortemente organizadas, com um único exército, um único corpo de funcionários e uma ordem jurídica unitária, impondo aos súditos o dever de obediência com caráter geral.⁹² Para J. J. GOMES CANOTILHO (1993, p. 37-38), o Estado é “uma categoria nuclear da semântica política da modernidade” e “vai perspectivar-se como *forma de racionalização e generalização do político* das sociedades modernas”.

Convém ressaltar a tensão inicial entre as noções de Estado, que em seu momento primeiro, como visto, significava *consolidação e concentração do poder*⁹³, e as de direitos fundamentais e de Constituição, que desde muito cedo nutriam o escopo da *limitação do poder*. Pertinente colacionar o magistério de LENIO LUIZ STRECK:

O Estado Moderno, fruto do rompimento com a fragmentação própria da forma estatal medieval, nasce sem Constituição (entendida *stricto sensu*). A primeira versão do Estado Moderno é, pois, absolutista. Mas é exatamente o absolutismo que, dialeticamente, vai engendrar as condições para o surgimento de formas de controle do poder, *através da exigência de mecanismos para conter o poder do príncipe*. Assim ocorre com a Inglaterra no decorrer do século XVII, com a França revolucionária em fins do século XVIII e com a Declaração da Independência das colônias americanas, que culmina com a Constituição de 1787. (2002, p. 225)

Tal virtual atrito, entretanto, viria a ser dissolvido por completo a partir do final do século XVIII, com a consagração do conceito de Estado de Direito, fruto do ideário e das lutas por liberdade que assolaram a Europa e a América desde o século precedente e que consiste no Estado juridicamente limitado em seu poder por uma lei fundamental que assegure direitos individuais e discipline a partilha das funções dele entre órgãos diversos. Com efeito, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França em 26 de agosto de 1789, é emblemático ao preconizar ser desprovida de Constituição “a sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada ou a separação dos poderes estabelecida”. INGO WOLFGANG SARLET (2009, p. 58)

⁹² LUIGI BOBBIO (1993, p. 67) afirma que o Estado, na conotação aludida no texto, surgiu primeiramente na Europa, entre os anos 1400 e 1600, e gradativamente se difundiu no restante do mundo. CANOTILHO (2002, p. 90), por sua vez, sustenta que o Estado, tal como caracterizado acima, corresponde essencialmente ao modelo emergente da Paz de Westfália (1648).

⁹³ Para um aprofundado exame dos vínculos entre a ascensão do Estado Moderno e o subsequente predomínio da concepção conhecida como *monismo jurídico*, consulte-se ANTONIO CARLOS WOLKMER (1997, p. 21-69).

sustenta que essa formulação paradigmática lançou as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa, bem como sedimentou definitivamente o íntimo liame entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. GIANLUIGI PALOMBELLA (2005, p. 138) critica, com razão, a permanência de “um decisivo atraso político-jurídico no fato de que essa ‘limitação’ valeu e nasceu para valer *não em relação ao Estado legislador, mas apenas ao Estado como administração pública.*” Sob outro ângulo, porém, forçoso reconhecer que o Estado de Direito preparou o caminho para o posterior advento do Estado Democrático de Direito, no século XX.

Explica CANOTILHO que,

Se pretendêssemos caracterizar esta categoria política da modernidade, dir-se-ia que o Estado é um *sistema processual e dinâmico* e não uma essência imutável ou um tipo de domínio político fenomenologicamente originário e metaconstitucional. Além disso, o esquema racional da estadualidade encontra expressão jurídico-política adequada num sistema político normativamente conformado por uma constituição e democraticamente legitimado. Por outras palavras: o Estado concebe-se hoje como *Estado constitucional democrático*, porque ele é conformado por uma *lei fundamental* escrita (= constituição juridicamente constitutiva das “estruturas básicas da justiça”) e pressupõe um *modelo de legitimação* tendencialmente reconduzível à *legitimação democrática* [...]. (1993, p. 43)

LENIO LUIZ STRECK (2002, p. 225) afirma que a limitação que o constitucionalismo objetiva colocar no político assume diferentes feições, havendo chegado ao seu ápice no segundo pós-guerra, a partir das noções de Constituição dirigente e compromissória e de Estado Democrático de Direito.

Trata-se de uma *revolução copernicana* que trouxe profundas mudanças na compreensão do conteúdo do Direito, do seu papel perante a sociedade e do seu relacionamento com os demais subsistemas sociais, bem assim na definição das esferas legítimas de atuação das funções estatais desempenhadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e das fronteiras entre elas. Sobre o tema, discorre-se a seguir.

2 EMERGE O NEOCONSTITUCIONALISMO: CONSTITUIÇÕES NORMATIVAS E ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

No segundo pós-guerra, sobretudo depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, verificou-se a emergência de um novo e vigoroso constitucionalismo, de inspiração nitidamente humanista

(DALLARI, 2010, p. 139-140), que conferiu à Constituição, Lei Maior do Estado, papel de primazia e de direcionamento em relação ao ordenamento jurídico-positivo. Com efeito, deixou ela de ser compreendida como mera “carta de intenções políticas” ou, pejorativamente, singela “folha de papel” dependente dos fatores reais de poder, passando a ser reconhecida como dotada de preponderância, de efetiva força normativa e de irradiação sobre todo o Direito infraconstitucional. Pioneiro na defesa de sua eficácia vinculativa, preleciona KONRAD HESSE que a Constituição

[...] não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas: elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (1991, p. 15)

No que tange a seu conteúdo, outrossim, as Constituições, em suas várias manifestações concretas no mundo ocidental, viram-se enriquecidas com a consagração do Estado Democrático de Direito, que se lastreia no valor fundamental da *dignidade da pessoa humana* e em imperativos axiológicos de *moral e justiça*. Como bem destaca DANIEL SARMENTO (2010, p. 172), “nos países dotados de constituições normativas que protegem direitos humanos, a moral racional foi trazida para o interior do Direito positivo e posta no seu patamar hierárquico mais elevado.”

O Estado Democrático de Direito consubstancia um aprofundamento das fórmulas do Estado de Direito e do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um cerne utópico de transformação do *status quo*, isto é, um caráter prospectivo e emancipador (SILVA, 2002, p. 119; STRECK, 2002, p. 64).

Traço marcante e destacado do Estado Democrático de Direito, herdado do Estado Social, porém intensificado no novel modelo (STRECK, 2002, p. 85), é a previsão, no texto constitucional, de normas que estabelecem posições jurídicas subjetivas ativas invocáveis por seus titulares, no sentido de exigirem do ente público determinadas atuações positivas, de cunho jurídico ou material. Integram o gênero denominado *direitos a prestações em sentido amplo*, que abrange, como suas espécies, os *direitos à proteção*, os *direitos a organização e a procedimentos* e os *direitos a prestações em sentido estrito* (ALEXY, 2008, p. 433-519; SARLET, 2009, p. 189-190). Os últimos, também referidos como *direitos sociais*

prestacionais, voltam-se, essencialmente, à melhoria das condições de vida e à consecução da igualdade material e da justiça social, garantindo a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (SARLET, 2009, p. 282).

Para NORBERTO BOBBIO (2004, p. 63), a multiplicação de direitos decorreu de três fatores básicos: o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, a extensão da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem e a consideração do próprio ser humano não mais como ente genérico, ou em sua abstração, mas na especificidade ou na concretude de suas diversas maneiras de ser em sociedade.

A problemática maior dos chamados direitos a prestações em sentido estrito, direitos sociais prestacionais ou simplesmente *direitos sociais* consiste na sua efetividade, quer-se dizer, na sua implementação prática e consequente fruição pelos beneficiários, conforme explica JOSÉ EDUARDO FARIA:

Ao contrário dos direitos individuais, civis e políticos e das garantias fundamentais desenvolvidas pelo liberalismo burguês com base no positivismo normativista, cuja eficácia requer apenas que o Estado jamais permita sua violação, os “direitos sociais” não podem simplesmente ser “atribuídos” aos cidadãos. Como não são *self-executing* nem muito menos fruíveis ou exequíveis individualmente, esses direitos têm sua efetividade dependente de um *welfare commitment*. Em outras palavras, necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade; políticas e programas especialmente formulados, implementados e executados com o objetivo de concretizar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação. A inexistência dessas políticas e desses programas, é evidente, acaba implicando automaticamente a denegação desses direitos. (2004, p. 272-273)

Alguns aspectos pragmáticos são decisivos para gerar a crise de efetividade dos direitos fundamentais sociais. Via de regra, as reais condições para o exercício dessas prerrogativas constitucionais precisam ser ainda criadas, e a criação delas se mostra economicamente mais custosa, mormente porque cada direito social costuma demandar uma prestação estatal exclusiva, que somente é aproveitada em sua realização, e não na de outros (SILVA, 2010, p. 241-242).

Em síntese, os direitos a prestações em sentido estrito dependem inesoravelmente de *políticas públicas* (CAMBI, 2009, p. 18), expressão que, em sentido lato, “designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social” (GRAU, 2005, p. 26). Para uma

conotação mais restrita e adequada ao objeto em exame, faz-se pertinente o acréscimo do adjetivo *sociais*, a fim de concebê-las como atividades estatais destinadas a instituir órgãos, entidades, bens e serviços que concretamente proporcionem aos seus beneficiários, “mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva” (SARLET, 2009, p. 199).

Ressalta LENIO LUIZ STRECK (2002, p. 64) que a Assembleia Constituinte que elaborou nossa Carta Magna de 1988 se inspirou fortemente em diplomas constitucionais produzidos em contextos histórico-políticos semelhantes ao que então vivia o país, isto é, de ruptura com regimes autoritários e de retomada da democracia, citando como exemplos os de Portugal, pós-Revolução dos Cravos, e Espanha, em seguida à queda da ditadura de Franco.

DANIEL SARMENTO (2010, p. 177-180), ao seu turno, exara que nossa vigente Constituição da República, sob a perspectiva simbólica, quis representar a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade e selar um novo começo na trajetória político-institucional do país, bem como que, estruturalmente, tem evidente caráter *compromissório*, isto é, não representa a cristalização normativa de alguma específica corrente ideológica ou cosmovisão, mas antes alberga uma concepção *pluralista*, resultante da composição possível entre a ampla variedade de forças políticas e de grupos de interesses que tiveram voz ativa em sua elaboração.

A atual Constituição Federal trouxe em seu art. 1º. a menção ao conceito de Estado Democrático de Direito, atribuindo expressamente à República Federativa do Brasil tal qualidade. Ademais, na esteira dos paradigmas inspiradores, elencou em seu bojo invulgar número de direitos, dotados de *fundamentalidade formal e material* (ALEXY, 2008, p. 520-523; SARLET, 2009, p. 74-78).

As Constituições hodiernas desempenham relevante função na modificação da realidade, porquanto se notabilizam pela presença de *metarregras* sobre a produção do Direito, exatamente para vincular os Poderes Públicos, inclusive com a previsão de mecanismos contramajoritários, no escopo de dirigir a ordem jurídica à concretização dos direitos fundamentais de todos (CAMBI, 2009, p. 26-27). Significa que a lei, pela primeira vez na época moderna, vem submetida a uma *relação de adequação*, e portanto de *subordinação*, a um estrato mais alto de Direito estabelecido pela Constituição (ZAGREBELSKY, 2009, p. 34).

Essa nova maneira de ver a Constituição, que envolve o indeclinável compromisso de cumprir suas disposições e de realizá-la integralmente na vida cotidiana⁹⁴, perpassa diferentes correntes doutrinárias que, grosso modo, diante da apontada identidade metodológica e teleológica, costumam ser agregadas sob a égide do *neoconstitucionalismo* (ALMEIDA, 2010, p. 18-25; BARCELLOS, 2012, p. 1-4; CAMBI, 2009, p. 21-54; MARINONI, 2008, p. 42-48; STRECK, 2009, p. 1-16).

Para GUSTAVO ZAGREBELSKY (2005, p. 86-89), a Constituição do pluralismo não deve mais ser vislumbrada como uma ordenação abstrata e

⁹⁴ A *vontade de Constituição*, de que fala KONRAD HESSE (1991, p. 19-20).

inexorável da realidade social, mas como um texto responsivo, uma referência à qual os seus atores haverão de recorrer a fim de encontrar soluções justas para problemas concretos. Propõe, pois, uma exegese de cunho tópico-retórico, que convida a doutrina e a jurisprudência a um papel criativo na efetivação das normas constitucionais.

Argumenta o autor que

[...] a constituição do pluralismo contemporâneo se pode considerar positiva enquanto é recriada continuamente pelo concurso de múltiplas vontades que, ao convergirem sobre ela e segundo os modos dessa convergência, a redefinem continuamente em seu alcance histórico-concreto. (2005, p. 82, tradução nossa)⁹⁵

E, adiante, completa que

A legitimidade da constituição depende então não da legitimidade de quem a fez ou falou por meio dela, senão da capacidade de oferecer respostas adequadas ao nosso tempo ou, mais precisamente, da capacidade da ciência constitucional de buscar e encontrar essas respostas na constituição. (2005, p. 88, tradução nossa)⁹⁶

GUSTAVO ZAGREBELSKY (2005, p. 89-90) assevera ainda que, nessa tarefa de diuturna concretização e atualização, sobreleva a importância dos princípios, normas dotadas de grande plasticidade que promovem a real integração entre passado, presente e futuro, visto que consubstanciam formulações sintéticas das matrizes histórico-ideais do ordenamento jurídico que, por um lado, declaram as raízes, e, por outro, indicam uma direção, sendo, ao mesmo tempo, fatores de conservação e de inovação.

ZAGREBELSKY (2009, p. 14) define o Direito da atualidade como *dúctil*, ou seja, flexível, maleável, pois reflete a exigência, muitas vezes nada fácil de ser satisfeita, de acomodação e compatibilização concreta de valores, tendências, aspirações e interesses (até antitéticos, frise-se) que encontraram abrigo na Lei Maior.

⁹⁵ No original: “[...] la constitución del pluralismo contemporáneo se puede considerar positiva em quanto que es recreada continuamente por el concurso de múltiples voluntades que, em su converger hacia ella y según los modos de esa convergencia, la redefinem continuamente em su alcance histórico-concreto.”

⁹⁶ No original: “La legitimidad de la constitución depende entonces no de la legitimidad de quien la ha hecho y há hablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar esas respuestas em la constitución.”

Com efeito, o sistema jurídico⁹⁷ de nosso Estado Democrático de Direito há que ser compreendido como um *sistema normativo aberto de regras e princípios*, que, conforme J. J. GOMES CANOTILHO (2002, p. 1145), ostenta os seguintes caracteres: 1) é um *sistema jurídico*, por ser um sistema dinâmico de normas; 2) é um *sistema aberto*, porque apresenta *estrutura dialógica*, consubstanciada na disponibilidade e na “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem mudanças da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da *verdade* e da *justiça*; 3) é um *sistema normativo*, porquanto a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita por meio de *normas*; e 4) é um *sistema de regras e princípios*, pois suas normas tanto podem se revelar sob a forma de *regras* como sob a forma de *princípios*.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E A “NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL”

É inegável que, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, a Constituição tomou o lugar dos códigos, passando a condicionar a compreensão dos textos normativos inferiores (CAMBI, 2009, p. 58). A lei, antes medida de todas as coisas no campo jurídico, cede espaço à Constituição e se converte ela mesma em objeto de mensuração, é destronada em favor de uma instância mais alta (ZAGREBELSKY, 2009, p. 40). Mais do que isso, houve a revalorização do Direito, que passou a ser reconhecido como dotado de potencial transformador da realidade social (CAMBI, 2009, p. 22-27; HESSE, 1991, p. 24; STRECK, 2002, p. 27-28). Outrossim, a maioria das Constituições originadas naquele período veio a incorporar mecanismos de jurisdição constitucional ou a fortalecer e ampliar os já existentes (SARMENTO, 2010, p. 172).

A supremacia da Constituição implica necessariamente, além da vinculação dos Poderes Públicos às suas disposições, a sua irradiação sobre todo o Direito positivo infraconstitucional e sobre as práticas jurídicas, políticas e sociais, fenômeno que se denomina *constitucionalização do ordenamento jurídico*.

⁹⁷ O sistema jurídico, no magistério de JUAREZ FREITAS (2010, p. 63), é “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.” O conceito de sistema, por sua vez, como elucida CLAUS-WILHELM CANARIS (2008, p. 12-13), traz ínsitas, como seus componentes essenciais, as noções de *ordenação* e de *unidade*, as quais, segundo o autor (2008, p. 279-280), encontram sua correspondência jurídica nas ideias da *adequação valorativa* e da *unidade interior do Direito*. Para LOURIVAL VILANOVA (2010, p. 130-131), o Direito, “como experiência, tomado na *totalidade integrada de sentido* (Reale), é um sistema prescritivo que insere dentro dessa experiência a teoria científica dogmática, que também é um sistema. São dois sistemas: um, cognoscitivo; outro, prescritivo. Separáveis por um corte abstrato no dado-da-experiência, o sistema da *Ciência-do-Direito incorpora-se ou insere-se no próprio Direito*, como fonte material sua.” Reconhece o autor, por conseguinte, que a dogmática jurídica não é puramente *descritiva*, mas também *prescritiva*, ou, como prefere LUIS ALBERTO WARAT (2004, p. 31), é uma *doxa* (opinião), mais do que uma *episteme* (ciência).

RICCARDO GUASTINI (2001, p. 153) o concebe como o processo de transformação de um ordenamento, em cujo término este resulta totalmente “impregnado” pelas normas constitucionais. Para ele, um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de determinar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, de balizar a ação dos atores políticos e as relações sociais.

Sete são as condições que devem estar presentes para que um ordenamento jurídico seja considerado completamente penetrado pelas normas constitucionais: 1) uma *Constituição rígida*, isto é, escrita e protegida contra as investidas do legislador ordinário, por meio da tipificação de um procedimento especial e mais solene e dificultoso para sua modificação; 2) a *garantia jurisdicional da Constituição*, com a previsão de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, a cargo de órgãos jurisdicionais comuns ou de Cortes Constitucionais, ou ainda de ambos; 3) a *força vinculante da Constituição*, quer-se dizer, a ideia de que toda norma constitucional, independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo, é uma norma jurídica genuína, obrigatória e passível de produzir efeitos jurídicos; 4) a *“sobreinterpretação” da Constituição*, isto é, sua exegese extensiva, de maneira tal que dela se extraiam inúmeras normas implícitas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política, sem deixar “espaços vazios” de Direito Constitucional e regulando previamente toda decisão legislativa; 5) a *aplicação direta das normas constitucionais*, independentemente da *interpositio legislatoris* e até contra ela, mesmo nas relações entre particulares; 6) a *interpretação conforme das leis*, ou seja, aquela que adapta ou harmoniza a lei com a Constituição, elegendo, frente a uma dupla possibilidade interpretativa, o significado (a norma) que evite a contradição entre ambas, de modo a conservar a validade de uma lei que, de outra forma, deveria ser declarada inconstitucional; e 7) a *influência da Constituição sobre as relações políticas*, dependente de diversos elementos, dentre os quais se podem mencionar a previsão de instrumentos para a resolução de desacordos políticos concernentes às relações de poder entre os órgãos do Estado, a postura expansiva (*not self-restraining*) dos juízes e tribunais na aferição da legitimidade constitucional de atos legislativos ou governamentais e o emprego das normas constitucionais na argumentação política (GUASTINI, 2001, p. 154-164).

DANIEL SARMENTO (2010, p. 169) admite que a constitucionalização do Direito, sobretudo no Brasil, antes acostumado a um “constitucionalismo de fachada”, é uma grande vitória, digna de celebração. Entretanto, adverte que não é uma vitória sem custos, pois suscita também alguns problemas, dentre os quais destaca dois. Primeiramente, constitucionalizar uma decisão é retirá-la do alcance das maiorias; logo, a constitucionalização excessiva do Direito pode ser antidemocrática, por subtrair do povo o direito de decidir sobre a sua vida coletiva. Em segundo lugar, a constitucionalização do Direito é capaz de provocar certa anarquia metodológica, a qual tem ocorrido em nosso país no que toca à *filtragem constitucional das leis e atos normativos*, muitas vezes realizada pelo Poder Judiciário sem critérios racionais e intersubjetivamente controláveis,

por conseguinte podendo comprometer valores muito caros ao Estado Democrático de Direito.

Do exame das condições acima elencadas é possível perceber que a interpretação/aplicação da Constituição ostenta crucial importância para assegurar suas efetivas supremacia, força normativa e irradiação pela ordem jurídica e pelos hábitos da sociedade. Daí ser usual falar em uma específica *hermenêutica constitucional*, com características e peculiaridades que a distinguiriam claramente daquela dos textos infraconstitucionais (GUERRA FILHO, 2005, p. 391).

KONRAD HESSE (1991, p. 22-23) leciona que a interpretação constitucional está submetida ao *princípio da ótima concretização da norma*, que não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual, fazendo tábula rasa dos fatos concretos da vida. Assim, a interpretação adequada é a que logra concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes em uma determinada situação. Consequentemente, a alteração das relações fáticas enseja também mudanças na interpretação da Constituição, ao mesmo tempo que o sentido da proposição jurídica estabelece os limites da interpretação e de qualquer mutação normativa.

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (2010, p. 155-157) aponta que a interpretação da Constituição compartilha as características comuns à tarefa hermenêutico-jurídica em geral, quais sejam, a *linguisticidade*, a *literalidade*, a *objetividade*, a *necessidade*, a *contextualidade* e a *mutabilidade*. A exegese dos enunciados constitucionais, portanto, tem por parâmetro a sua linguagem, que deve ser comum a todos os seus destinatários (legislador, juiz e comunidade); há que partir da (mas não se esgotar na) captação do sentido literal daqueles e da suficiência do texto, sem buscar uma *vontade oculta* nele (do legislador ou da lei); impõe-se para solucionar uma determinada questão concreta da vida social; revela o significado dos dispositivos no momento da aplicação, em sua interação com os fatos regulados; e está sujeita a transformações no curso histórico. Outrossim, acentua o autor que a interpretação constitucional tem a singularidade de trabalhar essencialmente com princípios, ao invés de regras.

A doutrina não apresenta unanimidade sobre qual a técnica ou o método interpretativo mais adequado, porém costuma identificar uma série de *cânones* ou *princípios orientadores* próprios da hermenêutica constitucional, cujo escopo primordial é obter a citada *ótima concretização da norma*. Tal catálogo, de acordo com CANOTILHO (2002, p. 1209), foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante e se tornou um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (2010, p. 171), por sua vez, esclarece que eles são simples tópicos ou pontos de vista, que se manejam como argumentos ou fórmulas persuasivas para a solução dos problemas de interpretação, mas que, como tais, não habilitam o intérprete nem a valorar nem a eleger os que devam ser utilizados em dada situação hermenêutica.⁹⁸ Diante desta observação, que

⁹⁸ Para um abrangente elenco dos métodos interpretativos comumente referidos, consultem-se J. J. GOMES CANOTILHO (2002, p. 1196-1201) e INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (2010,

justifica a desobrigação de maiores aprofundamentos quanto ao conteúdo de cada um, limita-se este trabalho a mencionar e conceituar sucintamente os que ordinariamente se arrolam: 1) o da *unidade da Constituição*, segundo o qual esta deve ser interpretada de forma a evitar contradições, antinomias ou antagonismos entre suas disposições; 2) o da *concordância prática ou harmonização*, que impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos concretamente em conflito, de modo a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros; 3) o do *efeito integrador*, que preconiza dever ser dada primazia, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, aos critérios ou às perspectivas que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política; 4) o da *correção, "justeza" ou conformidade funcional*, que visa a impedir, em sede de concretização da Constituição, a alteração da repartição de funções nela estabelecida; 5) o da *máxima efetividade*, pelo qual há que se atribuir a um enunciado constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê; 6) o da *força normativa da Constituição*, que exige a prevalência de pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos dela, contribuam para uma eficácia ótima da lei fundamental; e 7) o da *interpretação conforme a Constituição*, segundo o qual, no caso de textos infraconstitucionais polissêmicos, deve-se preferir a interpretação que lhes confira significado em conformidade com a Lei Maior (CANOTILHO, 2002, p. 1209-1213; COELHO, 2010, p. 174-182; GUERRA FILHO, 2005, p. 403-405).

LENIO STRECK (2002, p. 199-200, 220), contudo, mostra-se receoso em relação à defesa dessa específica hermenêutica constitucional, enquanto algo autônomo, sustentando que proporciona a afirmação do paradigma objetificante da filosofia da consciência e dá azo a interpretações *ad hoc* da Constituição, por percebê-la como uma ferramenta que está "à disposição" do intérprete e cujo conteúdo virá a ser "confirmado" pela técnica ou método de interpretação, perdendo-se com isto o *núcleo político* da Lei Fundamental. Como consequência, prossegue, tudo o que dela emana é, ou pode vir a ser, relativizado, quer-se dizer, dependendo da técnica ou método de interpretação utilizado, exsurdirá um resultado diferente. Isso acarreta sério problema para o Direito Constitucional, porque a Constituição deve ter um caráter *material/substancial*, já que é constituidora da própria sociedade, é a explicitação do contrato social e o espaço de mediação ético-política da sociedade, significando, fundamentalmente, *constituir*. A dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas o *ponto de estofa* em que convergem as dimensões *democrática* (formação da unidade política), *liberal* (coordenação e limitação do poder estatal) e *social* (configuração social das condições de vida) do que se pode denominar de *essência* do constitucionalismo do segundo pós-guerra (STRECK, 2009, p. 22).

Em linha similar, EROS GRAU (2009, p. 279-282) salienta que a interpretação da Constituição não é exclusivamente do texto da *Constituição*

p. 157-170). Registre-se, contudo, a advertência de FRIEDRICH MÜLLER (2005, p. 1), segundo quem metódicas jurídicas "não fornecem à ciência jurídica e às suas disciplinas setoriais um catálogo de técnicas de trabalho inquestionavelmente confiáveis nem um sistema de hipóteses de trabalho que podem ser aplicadas genericamente e devem ser tratadas canonicamente."

escrita, da *Constituição formal*, mas da *Constituição real*, compreendida como expressão do *ser político do Estado*. Por isso, o intérprete da Constituição não se movimenta no mundo das abstrações, frequentando intimamente a *constituição* do povo ao qual ela corresponde, ainda que geralmente não tenha plena consciência de sua ação.

Fazendo coro a essas críticas, convém enfatizar que a tendência de se preconizar uma hermenêutica constitucional específica não consegue superar a visão da Constituição em sua dimensão meramente formal-textual, como uma “lei sobre leis”, ofuscando, quando não verdadeira e deliberadamente *ocultando*, seus mais profundos sentidos *político-compromissório* e *ético-comunitário*. Por outro lado, insistindo em fundamentar a interpretação em métodos aleatória e incontrollavelmente escolhidos pelo próprio intérprete, ao seu exclusivo talante, privilegia ainda a análise das significações linguísticas e das correlações e implicações lógicas de seus enunciados, em detrimento da realidade social, abre margem a subjetivismos e voluntarismos e está, por isso, em nítida contradição com a compreensão estruturada na *circularidade hermenêutica*.

Com efeito, no que tange ao primeiro ponto, a Constituição, como já dito, há que ser vislumbrada como mais que um singelo texto (STRECK, 2007, p. 310-311). Deve ser tida como um *existencial*, como algo que *faz parte do modo de ser no mundo do intérprete* e que lhe antecipa sentidos, os quais se apresentam como pré-juízos (autênticos ou inautênticos) para o processo de compreensão/interpretação/aplicação do Direito (STRECK, 2002, p. 195-198). Destarte, a correta inteligência dos significados e do papel da Constituição (pré-juízo autêntico) é condição necessária para a escoreita construção de uma norma jurídica adequada a ela.

Quanto ao segundo ponto, a reflexão hermenêutica que se esprou pela ciência jurídica repudia a metodologia tradicional da interpretação, que não responde à questão de se saber por que motivo um determinado método deve ser escolhido em dado caso, ou seja, a existência de vários cânones/modelos interpretativos, agravada pela ausência de metarregras que ordenem hierarquicamente seu uso, importa que este, na realidade, mostre-se arbitrário, funcionando como justificativa, ou *álibi argumentativo*, para legitimar resultados já previamente almejados pelo intérprete e cujo alcance não é, porém, condicionado por tal uso (GRAU, 2009, p. 108-109). Não se olvide, por oportuno, que o método se situa não no *nível hermenêutico*, da compreensão mesma (vetor de racionalidade estruturante), mas no *nível apofântico*, da explicitação e justificação do compreendido (vetor de racionalidade de segundo nível). O método, assim, é um *posterius* relativamente à compreensão (STRECK, 2010, p. 69-73). Ademais, não há como isolar, na atividade interpretativa, os diversos aspectos ou elementos considerados: toda interpretação será sempre *gramatical*, por partir de um texto jurídico; *teleológica*, visto não prescindir da finalidade da lei; *sistemática*, porquanto insere os enunciados interpretandos no ordenamento jurídico como um todo; e assim por diante (STRECK, 2002, p. 207-208).

Vale concluir, ante todo o exposto, que a interpretação correta, substancial e substanciosa da Constituição, fator de crucial importância para

assegurar suas efetivas supremacia, força normativa e irradiação pela ordem jurídica e pelos hábitos da sociedade, isto é, sua concretização, como salientado alhures, depende menos de um questionável arsenal técnico-metodológico do que da assimilação e do enraizamento de seus significados ético-comunitário e sociopolítico mais profundos e do comprometimento com sua implementação na vida cotidiana.

Por outro lado, no contexto do Estado Democrático de Direito e de uma sociedade pluralista ou aberta, a interpretação/aplicação constitucional não deve ser exclusividade de órgãos estatais, mas há que agregar, ainda que na qualidade de *pré-intérpretes* que colaboram com as tomadas de decisões daqueles, os próprios participantes, intervenientes e auxiliares dos processos públicos de concretização da Lei Maior, as forças e lideranças políticas, os grupos e as associações representativos de interesses, a opinião pública e os cidadãos, isoladamente ou de qualquer modo organizados, sem prejuízo da doutrina constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 19-28). Com efeito, se a Constituição deve desenvolver força normativa, a *vontade de Constituição*, que é o desejo de segui-la ou concretizá-la e atualizá-la, não pode permanecer restrita aos órgãos e agentes estatais e à ciência jurídica; a *observância da norma*, em virtude da qual deixa de ocorrer um conflito constitucional ou um litígio, também já é *concretização dessa norma* (MÜLLER, 2005, p. 35-36).

CONCLUSÃO

O *neoconstitucionalismo*, como se observou, caracteriza mais do que uma vertente doutrinária, representando sobretudo uma *práxis* voltada à efetividade da Lei Maior. Sua emergência, no segundo pós-guerra, consolidou e intensificou uma trajetória multissecular de aproximação dos fenômenos *direitos fundamentais, Constituição e Estado*, até o ponto de se tornarem indissociáveis no conceito de Estado Democrático de Direito, que se lastreia no valor máximo da *dignidade da pessoa humana* e em imperativos axiológicos de *moral e justiça*.

O Estado Democrático de Direito consubstancia fórmula que incorpora e aprofunda as exigências dos Estados Liberal e de Bem-Estar Social, impondo à ordem jurídica um cerne utópico de transformação do *status quo*, mediante a previsão de diversos direitos fundamentais de cunho prestacional e a disponibilização de mecanismos para a sua efetiva implementação, capazes de vincular a atuação dos Poderes Públicos.

O Direito sofre, assim, uma transformação paradigmática, autêntica *revolução copernicana*, que desloca o epicentro do ordenamento jurídico para a Constituição, reconhecendo-lhe uma estrutura normativa peculiar composta por regras e princípios, decorrente da concepção pluralista que alberga, bem assim uma eficácia irradiante, não só sobre a legislação infraconstitucional como também sobre as práticas jurídicas, políticas e sociais como um todo.

Essas diferenças estruturais e eficaciais relativamente aos diplomas legislativos comuns levou boa parcela da doutrina a sustentar a necessidade de uma “nova hermenêutica constitucional”, quando o problema em verdade está na superação da visão da Constituição como singelo texto, tendo-se em mente

seus significados ético-comunitário e sociopolítico mais profundos e a necessidade da abertura de sua (pré-)interpretação à sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonado Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17-60.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Luigi. *Corso di diritto: introduzione al diritto e diritto pubblico*. Verona: Arnoldo Mondadori, 1993. v. 1.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; _____. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. cap. 1, p. 45-209.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- _____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Tradução de Miguel Carbonell et al. Cidade do México: UNAM; Fontamara, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 391-411.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HELLER, Hermann. A teoria do Estado. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam (Org.). *Política e sociedade*. 2. ed. São Paulo: Nacional, 1983. v. 1. p. 79-111.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel. *Livros e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia e constitución*. Tradução de Miguel Carbonell. Madri: Trotta, 2005.

_____. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 9. ed. Madri: Trotta, 2009.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA: EM DEFESA DA FUNÇÃO POLÍTICA DO DIREITO A PARTIR DA TEORIA DA INTEGRIDADE E DO CRITICAL LEGAL STUDIES

Caio Henrique Lopes Ramiro⁹⁹

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo principal examinar a relação entre direito e política, em especial no contexto da tradição jurídica norte-americana. Dessa forma, a partir do método hermenêutico procedeu-se uma revisão bibliográfica de cunho analítico de textos. É de se considerar que as investigações da tradição jurídica dos Estados Unidos da América em nosso país se concentram na polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, polêmica essa que será objeto de algumas considerações na primeira parte do texto. Ao se colocar o problema da função política do direito em aproximação com a perspectiva da hermenêutica constitucional *estadunidense*, o segundo ponto de investigação se dá a partir de uma revisão bibliográfica de textos de literatura primária que Ronald Dworkin (1931-2013) dedica ao tema, investigando, de forma sumária, a proposta teórica do direito como integridade como superação conceitual da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas e, ademais, como possibilidade de uma leitura moral da constituição. Por fim, em contraponto à proposta teórica de Dworkin, apresenta-se a leitura radical dos *Critical Legal Studies*, que expõe os problemas decorrentes de toda teoria jurídica norte-americana que pode ser caracterizada como pertencente ao liberalismo jurídico, tendo em vista as incongruências e a impossibilidade de sustentação dos discursos jurídicos a partir dos pressupostos do liberalismo. A partir do conceito de que *law is politics (direito é política)*, o CLS irá denunciar e proceder a uma diferenciação entre teoria e prática, entre conhecimento e política e de uma atitude epistemológica anti-positivista, que não se refere apenas à influência que a política pode ter sobre o direito, mas, também, do reconhecimento das relações de poder que são obscurecidas pela forma jurídica.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo principal examinar a relação entre direito e política, em especial no contexto da tradição jurídica dos Estados Unidos da América. É de se considerar que a educação jurídica e a prática normativa nacional no que diz respeito à teoria da constituição, do direito e da hermenêutica constitucional são fortemente marcadas pela tradição européia, em especial, pelas tradições alemã e portuguesa. Nesse sentido, é possível um diagnóstico deficitário no que tange à produção acadêmica que oriente

⁹⁹ Professor no curso de Direito da Faculdade Cidade Verde (FCV) em Maringá-PR. Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM – Marília/SP (com bolsa CAPES no período). Possui especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Integrante do grupo de pesquisas Bioética e Direitos Humanos, vinculado ao CNPq – UNIVEM. Integrante da Rede Internacional de Estudos Schmittianos – RIES/UNIVEM. Integrante do grupo de pesquisas Filosofia e Democracia, vinculado a Faculdade de Filosofia e Ciências da UNESP – Marília. Advogado.

investigações acerca do direito norte-americano, cenário que parece começar a se modificar pelo interesse da processualística brasileira pelo tema dos precedentes judiciais. No entanto, a grande maioria das investigações da tradição jurídica dos Estados Unidos da América, em território nacional, concentra-se na polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, polêmica essa que será objeto de análise no primeiro movimento desse texto.

Ao se colocar o problema da função política do direito em aproximação com a perspectiva da hermenêutica constitucional *estadunidense*, o segundo ponto de investigação desse texto irá se valer da metodologia hermenêutica para uma revisão bibliográfica de textos de literatura primária que Ronald Dworkin (1931-2013) dedica ao tema, a fim de investigarmos sua proposta teórica do direito como integridade como uma superação conceitual da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas e, além disso, como possibilidade de uma leitura moral da constituição.

Por fim, em contraponto à proposta teórica de Dworkin, apresenta-se a leitura radical dos *Critical Legal Studies*, que expõe os problemas decorrentes de toda teoria jurídica norte-americana que pode ser caracterizada como pertencente ao liberalismo jurídico, tendo em vista as incongruências e a impossibilidade de sustentação dos discursos jurídicos a partir dos pressupostos do liberalismo. A partir do conceito de que *law is politics* (*direito é política*), o CLS irá denunciar e proceder a uma diferenciação entre teoria e prática, entre conhecimento e política e de uma atitude epistemológica anti-positivista, que não se refere apenas à influência que a política pode ter sobre o direito, mas, também, do reconhecimento das relações de poder que são obscurecidas pela forma jurídica, desse modo, há uma pretensão de crítica à ideologia jurídica dos Estados Unidos, abordagem que parece, ainda hoje, consideravelmente fecunda para uma aproximação dos problemas a serem enfrentados pela hermenêutica constitucional, em especial, no que diz respeito à questão do monopólio da interpretação feito pelos tribunais.

1. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: APROXIMAÇÃO DO CONTEXTO HERMENÊUTICO NORTE-AMERICANO A PARTIR DA POLÊMICA ACERCA DO INTERPRETACIONISMO E NÃO INTERPRETACIONISMO

Em primeiro lugar, levando em consideração a temática posta como objeto de análise desse texto, a saber: a hermenêutica constitucional americana, parece-nos acertado iniciar à investigação com o objetivo de uma aproximação do contexto do debate *estadunidense* a respeito da interpretação constitucional e tal pretensão implica algumas considerações a respeito da polêmica entre o interpretacionismo e o não interpretacionismo. Convém destacar que são inúmeras as possibilidades de interpretação da terminologia utilizada no contexto da tradição da hermenêutica constitucional dos Estados Unidos da América e, optamos, dentre todas as possibilidades, pela terminologia supra, uma vez que essa parece ser a que maior inserção obteve no debate nacional a

respeito do tema¹⁰⁰, haja vista a opção de tradução feita por Juliana Lemos da obra *Democracia e Desconfiança* de John Hart Ely.

É oportuno mencionar que o presente trabalho não aceita como tarefa a reconstrução interna da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, pois essa temática serviria como problema de investigação para um texto próprio, caso tivéssemos que considerar de perto essa fecunda vertente do debate hermenêutico constitucional americano, em especial o enfrentamento de Antonin Scalia e John Hart Ely. Pretende-se apenas uma aproximação das linhas de força dessa perspectiva, com o propósito de uma contextualização da questão da interpretação constitucional *estadunidense*, sem, contudo, nos prendermos apenas a esse aspecto, uma vez que o debate norte-americano sobre a hermenêutica constitucional é permeado por outras abordagens, quais sejam: a da incorporação de análises ligadas ao giro lingüístico (*linguistic turn*) hermenêutico, o que apresenta intrincadas apreciações a respeito da legitimidade do sistema de direitos e da decisão judicial, o que se evidencia pelo debate entre Dworkin e Habermas e, ainda, pela radicalidade argumentativa dos *critical legal studies*, que irão se valer de inúmeros referenciais para sua abordagem, como, por exemplo, do método derridiano da *desconstrução*.

De qualquer modo, observando-se a hipótese levantada nessa investigação, a pretensão é de se examinar que mesmo por razões e caminhos diversos, no fundo, a questão da interpretação constitucional nos Estados Unidos da América do Norte é cravejada por um aspecto político, significa dizer que no contexto hermenêutico dos Estados Unidos parece haver uma relação - sem constrangimento epistemológico - entre direito e política, que se apresenta desde os primórdios do pensamento político e jurídico dessa nação. Nesse momento se torna particularmente interessante a análise de como essa afinidade se estabelece e o que significa reconhecer a ligação entre os universos jurídico e político.

Não obstante, o objetivo do texto se apresenta perene se levarmos em consideração a forte tendência contemporânea de investigar as questões hermenêuticas, em especial, aos temas que envolvem o direito constitucional. Essa disposição é tamanha nos dias atuais, que alguns autores vêm falando até de certo exagero, ou, mesmo, que se antes nós tínhamos o positivismo jurídico que privilegiava a norma jurídica como objeto da ciência jurídica, de certo modo, o ganhar terreno do debate sobre a interpretação jurídica, em especial a constitucional, vem tornando a teoria do direito um verdadeiro jurisprudencialismo, ou seja, a norma jurídica não é mais o objeto de análise da

¹⁰⁰ De acordo com Roberto Bueno (2010, p. 4), há inúmeras possibilidades de utilização terminológica que irão se referir a essa polêmica, e esse autor prefere a terminologia originalismo/textualismo e não-originalismo. “Esse vocabulário jurídico faz parte da tradição jurídica norte americana e em nossa realidade encontramos sua tradução, respectivamente, como interpretação literal ou, conforme sugerimos, interpretacionismo ou interpretação sistemática”. Não obstante, “não há uma equivalência adequada entre a tradição jurídica norte americana e a nossa, dado que naquela persiste uma maior influência de reflexões morais. Neste sentido, temos uma abordagem teórica que aproxima epistemologicamente o não-originalismo ao construtivismo”.

ciência do direito, mas, sim, as decisões dos tribunais constitucionais (BERCOVICI. 2004).

A fim de se evitar esse atual e ingênuo viés de crítica ao positivismo jurídico, que apenas substitui a descrição da norma jurídica pela da decisão judicial, a aspiração é de se investigar um contexto que vem exercendo influência nas verificações ligadas a teoria do direito constitucional, especialmente, pelo interesse por questões como ativismo judicial, judicialização da política e uso dos precedentes judiciais.

Para tanto, parece de bom alvitre que nos aproximemos de maneira contextual da questão da interpretação judicial americana. É muito comum a observação de que a leitura da constituição na América se dá ou se faz de forma pragmática (GODOY. 2004). No entanto, o pragmatismo¹⁰¹ é uma corrente filosófica que nem sempre exerceu influência nos Estados Unidos, de uma maneira geral e, em particular, na teoria do direito.

O aparecimento da perspectiva pragmatista nos Estados Unidos da América se dá em virtude da necessidade de outro olhar a respeito da vida social ou do convívio das pessoas dado o contexto de formação da Nação que se firmava a partir do século XIX, uma vez que o país recebia um forte processo de imigração, o que exigiu um pensar voltado para a recepção das diferentes culturas.

Segundo Lauro Frederico da Silveira (2002a, p. 83-84):

Diante da transformação vivida pela sociedade norte-americana desde as últimas décadas do século dezanove, um grupo de intelectuais de Harvard propôs mudanças radicais no modo de se considerarem o direito, a religião e a filosofia a fim de se fazer justiça ao povo vindo para a América desde as mais diversas partes do mundo. [...]
Especialmente, após o final da guerra de secessão, com a vitória dos estados do norte sobre os do sul, mais claramente ficou nítido para os profissionais formados na Universidade [Harvard], o dever de se comprometerem em encontrar formas para pensar uma nova sociedade que a interiorização rumo ao oeste, a grande imigração de mão-de-obra para a indústria em expansão e as relações internacionais, sobretudo estavam rapidamente constituindo.

Nesse período os pesquisadores de Harvard constituíram um grupo de trabalho conhecido como “Clube Metafísico de Cambridge” - considerando que a sede da Universidade de Harvard fica em Cambridge, Massachusetts - oportunidade em que dois intelectuais muito importantes para o pensamento

¹⁰¹ Muito embora se trate de um tema bastante interessante, não será desenvolvido aqui maior consideração no que diz respeito à filosofia pragmatista, tendo em vista não ser parte do tema objeto desse texto, bem como pela limitação do espaço. Para que tenhamos uma ideia, essa é uma corrente filosófica que reúne pensadores da extirpe de William James, Charles Peirce e John Dewey.

norte-americano mantiveram contato, sendo eles o químico, físico e filósofo Charles Sanders Peirce e o jurista Oliver Wendell Holmes Jr (SILVEIRA, 2002a, p. 84).

De um ponto de vista bem panorâmico, o pragmatismo tem por fundamento uma consideração da experiência no que diz respeito à teoria do conhecimento, significa dizer que essa corrente de pensamento é mais “empirista” quando enfrenta as questões epistemológicas. Os pragmatistas levam em consideração as conseqüências e efeitos da ação, que são mais importantes do que investigar os princípios primeiros e os pressupostos dessa última. Note-se que o conceito de ação é de grande importância para a abordagem pragmatista, uma vez que *pragma* vem do grego e significa exatamente ação, por conseguinte, o pragmatismo enquanto vertente epistemológica pode ser considerado uma teoria experiencial e experimentalista (JAPIASSU; MARCONDES. 2006, p. 223; ABBAGNANO. 2007, p. 920).

Levando em consideração o momento vivido pelos Estados Unidos da América no século XIX, Lauro da Silveira (2002a, p. 84) afirma que:

O pragmatismo foi uma das expressões mais importantes desse momento. Ele certamente correspondeu às exigências de se encontrar novos critérios para a ciência, o direito e a convivência religiosa dos inúmeros grupos de imigrantes que acorriam aos Estados Unidos. Com o pragmatismo, esses intelectuais deixavam, principalmente, de se ocupar com as origens do conhecimento, das leis ou das igrejas, passando a determinar os fins que determinavam a conduta em qualquer um desses campos da atividade social.

É importante considerar que nem sempre a experiência jurídica na América se deu de forma a privilegiar o *common law*, as decisões judiciais e as práticas dos tribunais, o que sem dúvida parece algo interessante na medida em que temos por pretensão a aproximação a respeito da interpretação constitucional. Nos Estados Unidos da América também já prevaleceu à perspectiva do raciocínio dedutivo, baseada em silogismos judiciais, como método ou forma da decisão judicial, muito por influência do pensamento europeu que buscava, do ponto de vista epistemológico, o conhecimento a respeito dos princípios e causas primeiras.

Por fim, Lauro Silveira (2002a, p. 84) ressalta que no período em que se fortalecia o pragmatismo:

O direito, até então, predominantemente dedutivo a partir de princípios gerais, começará a ser visto como um processo de previsão das decisões judiciárias, tomando por base a prática dos tribunais e o levantamento histórico dessas mesmas práticas, para, através desse último, encontrar o sentido originário das leis.

Além das questões ligadas ao atual olhar pragmatista do contexto *estadunidense*, para as pretensões desse trabalho o mais importante é a observação da relação existente entre direito e política, e ao que parece, no contexto dos Estados Unidos da América, esse diálogo existe de maneira permanente e menos traumática do ponto de vista epistemológico se levarmos em consideração o texto LXXVIII do *Federalista*. O citado artigo *Federalista* da conta da organização do Poder Judiciário, e coloca a famosa percepção de Hamilton de que no fundo o poder de julgar, em comparação com os outros poderes, é o mais fraco, uma vez que “sem *força* e sem *vontade*, apenas lhe compete *juízo*; e este só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo” (HAMILTON, 1985, p. 162).

Dirá, então, Hamilton (1985, p. 163) que:

A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes.

Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que o não são.

A utilização do texto federalista serve para ilustrar a relação entre direito e política e como a tradição norte-americana encara a questão, significa dizer que não é apenas uma relação menos difícil entre essas esferas, mas, também, podemos reconhecer com Ely que o pensamento político *estadunidense* não é simpático a pretensões de controle aristocrático da política (ELY, 2010, p. 7), o que se demonstra, também, pelos argumentos de Tocqueville (1985), pois já no processo de formação da democracia americana pode-se observar essa recusa ao qualquer tipo de relação política aristocrática, com uma clara defesa do democratismo e dos direitos políticos e da ideia de representação. Para Roberto Bueno (2010, p. 23):

[...] devemos recordar o contexto em que a América foi constituída e, ainda mais, o próprio perfil daqueles que a criaram. Em verdade, todos eles pertenciam à aristocracia, e suas referências às liberdades e à ojeriza ao governo de poucos (e também ao poder centralizado) haveria de ter os olhos voltados à experiência negativa junto à monarquia britânica. Sua defesa de um regime político onde o poder não estivesse concentrado nas mãos de qualquer aristocracia era, antes, a manifestação da descrença em poderes centralizados nos moldes da Coroa Britânica, antes do que, especialmente alguns como Hamilton, a descrença na qualidade das elites.

Assim, talvez essa relação entre direito e política se torne mais nítida quando se ingressa em uma investigação acerca do *judicial review*, que ganhou espaço no pensamento constitucional norte-americano com o fim da Guerra Civil a partir de 1865 (GODOY, 2004, p. 66), oportunidade em que o tema da interpretação constitucional – que já existe, só que de maneira sutil – se apresenta de modo mais contundente, fazendo eclodir o problema fundamental do controle judicial de constitucionalidade, a saber: um poder não eleito “ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam” (ELY, 2010, p. 8).

Feitas essas considerações iniciais, passemos agora a um rápido inventário das linhas de força acerca da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas. A corrente que ficou conhecida como interpretacionista, também chamada de originalista/textualista, apresenta-se como uma perspectiva que defende a vinculação do julgador ao texto constitucional, à busca pelo sentido da vontade do legislador originário (*framers*), significa dizer que os interpretacionistas afirmam que “os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita” (ELY, 2010, p. 3), nos termos de nossa tradição jurídica os interpretacionistas são textualistas/legalistas no que tange a sua abordagem hermenêutica¹⁰².

Nos dizeres de Ely (2010, p. 3) os não interpretacionistas são aqueles que adotam “a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento”. Os não interpretacionistas são julgadores que entendem que o juiz possui a tarefa de ir além do texto constitucional, pois há necessidade de uma adequação ao contexto político de

¹⁰² Arnaldo Godoy (2004, p. 69) destaca que a abordagem interpretacionista é a tendência contemporânea da Suprema Corte. É interessante notar que esse autor faz uma relação entre a perspectiva interpretacionista, o conservadorismo e as indicações de juízes dessa linhagem pelo Partido Republicano e, em contrapartida, os não interpretacionistas representariam uma perspectiva mais vanguardista, e estariam vinculados ao pensamento do partido Democrata, tendo em vista as indicações.

sua época e, além disso, consideram a linguagem aberta do texto normativo, o que parece configurar a possibilidade de uma abordagem construtivista.

Segundo Ely (2010, p. 4):

Em geral, a Constituição indica sumariamente certos princípios fundamentais cujas implicações específicas para cada época devem ser determinadas no contexto da época em questão. O que distingue o interpretacionismo do seu oposto é a insistência em que os atos dos poderes políticos só sejam declarados nulos a partir de uma inferência cujo ponto inicial ou cuja premissa subjacente seja claramente perceptível na Constituição.

A corrente não interpretacionista, de linhagem construtivista, parece mais preocupada com a concretização dos direitos do que a necessidade de permanecer vinculada ao texto constitucional, com a extração de sentido da vontade do legislador originário, nessa linha argumentativa, a visão dos não interpretacionistas permite uma compreensão que os tribunais podem criar o direito, levando em consideração os princípios fundamentais inseridos na Constituição, dessa maneira, essa vertente da interpretação constitucional *estadunidense* parece se preocupar mais com a efetivação de um projeto constitucional vinculado a uma ideia de democracia a se construir.

John Hart Ely (2010, p. 7-8) ressalta que:

É claro que os tribunais criam direito o tempo todo, e ao fazê-lo podem ter a intenção de inspirar-se nas fontes habituais dos adeptos do não interpretacionismo - os "princípios fundamentais" da sociedade ou qualquer outra coisa -; mas fora do âmbito da jurisdição constitucional, eles se limitam a preencher as lacunas que o Poder Legislativo deixou nas leis que aprovou ou, então, a tomar conta de uma área que o Poder Legislativo, de caso pensado, entregou ao Judiciário para que a desenvolvesse.

Do ponto de vista teórico há atrativos e desconfiâncias para ambos os lados do arco teórico conceitual dessa polêmica hermenêutica. Para Ely (2010, p. 6) um importante atrativo do ponto de vista interpretacionista é sua adequação a nossa imagem de "o que é o direito e como ele funciona". Além disso, outro aspecto positivo de referida abordagem, e mais fundamental, está relacionado ao difícil feito de uma relação entre o não interpretacionismo e a teoria democrática existente nos Estados Unidos da América (ELY, 2010, p. 7).

Conforme Ely (2010, p. 13):

O adepto do não interpretacionismo entrega aos juízes, que não respondem por suas atitudes políticas, a tarefa de

definir quais valores devem ser colocados fora do alcance do controle majoritário, mas o interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição – e isso significa que, já que a própria Constituição foi avaliada e ratificada pelo povo, esses valores vêm, em última instância, do povo. Nessa hipótese, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo.

Ely demonstra, também, alguns aspectos problemáticos da teoria interpretacionista, que por mais que pareça se adequar ao nosso sentido comum de como o direito deve funcionar, acaba por deixar sem resposta alguns problemas que continuam abertos na teoria do direito, em especial, ligados à hermenêutica jurídica, como, por exemplo, a noção da textura aberta do texto constitucional, o que para Ely pode significar um convite a uma postura não interpretacionista (ELY, 2010, p. 17).

No entender de Roberto Bueno (2010, p. 15):

O argumento originalista que recorre à literalidade do texto, à vontade do legislador e à tradição de modo declarado o faz apenas retórica e aparentemente. Em verdade, o originalismo possui limites muito estritos no que concerne à demarcação do significado das normas. Em suma, o originalismo se revela tão impreciso quanto à limitação do significado exato da norma jurídica quanto qualquer outra teoria competidora, com a diferença de que outras concorrentes, como o não-originalismo admitem sua insuficiência. A rigor, seus instrumentos hermenêuticos podem servir a tantos e diferentes supostas intenções do legislador quanto a resultados que sejam almejados mas, desde logo, mascarados.

Dessa maneira, no intento de apresentar ou contextualizar apenas o debate hermenêutico norte-americano, parece que em linhas gerais podemos ter uma ideia de como se desenvolvem as balizas argumentativas da teoria da interpretação constitucional *estadunidense*, e nosso objetivo foi o de investigar a origem da relação entre direito e política nesse debate. Não se mostra problemático reconhecer que a política e o direito se relacionam de maneira menos traumática no contexto dessa tradição jurídica, o que é bem diferente de nossa realidade. Para aqueles que, como Arnaldo Godoy (2004, p. 69), compreendem os interpretacionistas como intérpretes literais e conservadores da constituição, vincula-os ao pensamento político do Partido Republicano. Os não interpretacionistas estariam mais próximos do partido Democrata, o que restaria comprovado se levamos em consideração que o presidente Woodrow Wilson nomeou Louis Brandeis; Franklin Roosevelt apontou os nomes de Hugo Black, William Douglas e Felix Frankfurter. Já John F. Kennedy indicou Arthur

Goldberg. O republicano Dwight Eisenhower nomeou Earl Warren, o mais liberal e ativista julgador da corrente não interpretacionista, condição essa que fez com que Ike (Eisenhower) considerasse a sua nomeação “como o mais estúpido erro que cometera” (GODOY, 2004, p. 69), o que demonstra o ponto que pretendemos explorar por outros matizes, a saber: pelo pensamento de Dworkin e a partir da crítica radical dos *Critical legal studies*, a fim de verificar o potencial teórico de uma função política do direito reconhecida no debate hermenêutico norte-americano.

2. PARA ALÉM DE INTERPRETACIONISMO E NÃO INTERPRETACIONISMO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE DWORKIN

Com o objetivo de avançar a perspectiva da hermenêutica constitucional norte-americana para além da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, considerando a questão da defesa da função política do direito no contexto hermenêutico, não se poderia deixar de lado o pensamento do *jusfilósofo* estadunidense Ronald Dworkin (1931-2013), professor em Oxford e Nova Iorque. Dworkin contribuiu de maneira significativa ao debate contemporâneo acerca dos temas e problemas colocados pela filosofia político-jurídica, levando em consideração as construções teóricas daquilo que se conhece por giro lingüístico hermenêutico (*linguistic turn*).

De acordo com Albert Casalmiglia (1992, p. 156) o êxito de Dworkin se deve “sobretudo pela utilização de um método de análise do direito que permite não só descrevê-lo senão também propor um enfoque consistente dos problemas e apontar soluções sustentadas em um conjunto de princípios coerentes”¹⁰³.

Para os propósitos dessa investigação, torna-se particularmente interessante a defesa feita por Dworkin da função política do direito que pode ser observada em questões que se apresentam ao judiciário e tratam de problemas de justiça e equidade, de tal modo, não parece irrazoável notar em alguns pontos do pensamento de Dworkin a presença de Rawls. Já na introdução da obra *Uma Questão de Princípio*, Dworkin argumenta que:

A doutrina jurídica figura em boa parte do debate, não como um exercício de história ou doutrinas jurídicas, mas antes porque o Direito confere uma forma especial e esclarecedora à controvérsia política. Quando questões políticas vão ao tribunal – como sempre acontece, mais cedo ou mais tarde, nos Estados Unidos, pelo menos – exigem uma decisão que seja, ao mesmo tempo, específica e calcada em princípios [...] a decisão deve ser fundamentada com a emanação de uma visão coerente e

¹⁰³ As traduções são de minha autoria e foram feitas de forma livre, salvo indicação em contrário

imparcial de equidade e justiça porque, em última análise, é isso que o império da lei realmente significa (DWORKIN, 2000, p. VIII).

Ainda na introdução de *Uma Questão de Princípio*, Dworkin apresenta o problema sobre a possibilidade de uma única resposta correta para cada caso, que não será objeto de análise aqui, e, ao se aproximar do contexto hermenêutico, destaca as posições que foram sumariamente expostas no tópico anterior desse texto, desse modo, o *jusfilósofo* americano realça que os juízes interpretacionistas são compreendidos como aqueles para quem os julgadores “devem submeter-se às decisões tomadas pelas instituições mais representativas, como as legislativas, e, no caso do Direito constitucional, a decisões tomadas, muito tempo atrás, pelos constituintes” (DWORKIN, 2000, p. XI).

Como dito, para Dworkin o que importa é uma análise para além da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, pois a indagação principal a ser feita é aquela que coloca a questão política em relação com a hermenêutica jurídica, em especial, com a interpretação constitucional e, por consequência, com a prática judiciária. Nessa linha argumentativa, Dworkin (2000, p. 3-4) ressalta que seu objetivo é questionar:

se os juízes devem decidir casos valendo-se de *fundamentos* políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas também que seja tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos. Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária.

Levando em consideração o debate acerca do tema na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos da América, Dworkin afirma que tanto a visão britânica oficial quanto a visão americana progressista estão equivocadas ao negligenciarem a importante distinção a respeito de dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem se valer, a saber: os argumentos de princípio político, “que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem estar geral ou do interesse público” (DWORKIN, 2000, p. 6). Na visão de Dworkin o correto seria os juízes fundamentarem suas decisões em argumentos de princípio político e não em argumentos de procedimento político (DWORKIN, 2000, p. 6).

Por fim, ao diagnosticar a necessidade de um olhar do julgador que se relacione com a questão política, ou melhor, que a prática judiciária possa se valer de argumentos de princípio político, Dworkin apresenta uma concepção em que a relação entre direito e política é não só possível, mas, também, não é traumática do ponto de vista epistemológico. No entanto, ao afirmarmos que

Dworkin relaciona direito e política não se quer com isso demonstrar que ele entende o direito *como* política, na linha dos autores do *Critical Legal Studies*. Pelo contrário, pois Dworkin rejeita a opinião de que o direito e a política são a mesma coisa, já que os juízes ao decidirem os casos difíceis “devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade” (DWORKIN, 2000, p. IX). No entender de Dworkin, a visão que compreende direito e política com a mesma significação ofusca uma distinção importante que está ligada a diferença entre os argumentos de política, argumentos baseados no objetivo de um programa particular para a comunidade; e os argumentos de princípio, que são baseados em direitos (DWORKIN, 2000, p. IX), no entanto, “valer-se de uma teoria política não é uma corrupção da interpretação, mas parte do que significa interpretação” (DWORKIN, 2000, p. 247).

A partir de tais pressupostos apresentados em *Uma Questão de Princípio* e, também, em reflexões apresentadas em *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin constrói sua compreensão do direito como uma prática interpretativa¹⁰⁴ que se volta tanto “para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento” (DWORKIN, 1999, p. 271) e que teria por objetivo uma concepção do direito como integridade, que negaria as percepções do direito como manifestações ou relatos factuais do passado como quer o convencionalismo¹⁰⁵ ou o interpretacionismo, “ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro” (DWORKIN, 1999, p. 271).

Dworkin apresenta sua teoria do direito como integridade como uma via alternativa às concepções do convencionalismo e do pragmatismo, partindo de uma concepção a respeito do fundamento do direito que diverge das outras duas correntes na medida em que se pauta na questão do modo de instituição dos direitos, pois esses últimos foram criados por único e mesmo autor, a comunidade política personificada, e se expressa pelos elementos de justiça e equidade (DWORKIN, 1999, p. 271-272). Ao que parece muito próximo - ou ao menos considerando sua reflexão - de seu conterrâneo Rawls, Dworkin (2000, p. 272) afirma que “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.

É razoável compreender que o fundamento de toda teoria da integridade está na noção do único autor, ou seja, na concepção da comunidade política personificada, o que tornaria, em certo sentido, a história importante para o direito como integridade (DWORKIN, 2000, p. 273) e, além disso, que “os juízes devem identificar os direitos (e não criá-los) partindo do pressuposto

¹⁰⁴ No entender de Albert Casalmiglia (1992, p. 160), essa noção do direito como prática interpretativa é a arma mais poderosa de Dworkin contra o positivismo, pois ele sugere que “o direito é um conceito interpretativo e que os textos por si só não nos dizem nada”.

¹⁰⁵ Dworkin utiliza a expressão convencionalismo para designar a corrente de pensamento que defende que o direito deve ser encontrado nas convenções do passado. Essa seria para ele uma imagem do positivismo jurídico de Hart. Também podemos verificar a aproximação desse conceito da perspectiva interpretacionista.

de que todos foram criados pela comunidade política” (FERNANDES; DAVID, 2012, p. 13); contudo, divergindo aqui pontualmente do argumento apresentado por Fernandes e David, parece que a concepção de Dworkin não é apenas de identificação de direitos, mas, também, de criação no que diz respeito à questão hermenêutica. Ao lançar mão da metáfora do romance em cadeia para explicar a ideia de direito como integridade isso parece ficar mais claro. No romance em cadeia cada juiz deve assumir o papel de um romancista que será responsável pela escrita de um capítulo de uma obra coletiva, no entanto, a essência da obra deve representar a escrita de um único autor. Nesse sentido, o primeiro a escrever é aquele que detém maior liberdade de identificação, mas, também, de criação, pois, de acordo com Dworkin (2000, p. 236) “cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então”, significa dizer que o primeiro romancista da cadeia é quem irá criar o gênero que pretende escrever, e nesse momento também está presente a interpretação, logo, o primeiro romancista cria interpretando¹⁰⁶ (DWORKIN, 2000, p. 236).

Segundo Dworkin (2000, p. 237):

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.

O direito como integridade se coloca para além das concepções convencionalistas e pragmatistas por ser mais interpretativo, o que pode caracterizá-lo “tanto [como] um produto da interpretação abrangente da prática judiciária quanto sua fonte de inspiração” (DWORKIN, 1999, p. 273), apresentando limites à discricionariedade dos julgadores na medida em que esses terão que observar o passado para continuar na cadeia de

¹⁰⁶ De acordo com Dworkin (2000, p. 237) “isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas”.

desenvolvimento da prática judiciária que leva em consideração o incremento da moralidade política da comunidade para o futuro.

Nas palavras de Dworkin (1999, p. 274):

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo realismo. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei.

Dessa maneira, o direito como integridade se apresenta como uma teoria a ser aplicada para uma sociedade democrática e pluralista, na qual existem diversas concepções de justiça que em muitos casos se contradizem e que exigem respostas, entretanto, essa sociedade possui alguns princípios de verniz universal que garantem o funcionamento das instituições que foram imaginadas e escolhidas pela comunidade política e, também, de acordo com o argumento de princípio, pela possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Dworkin pretende a construção de uma teoria do direito que possa justificar uma ordem jurídica concreta, assim, de acordo com Habermas (2003, p. 263) ele “exige a construção de uma teoria do direito, não de uma teoria da justiça. A tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça, mas na procura de princípios e determinações de objetivos válidos”.

Destarte, a defesa de uma função política do direito - inclusive quando da interpretação do universo jurídico - feita por Dworkin se liga a sua pretensão de garantir o fundamento das decisões judiciais nas noções de coerência e justiça pública (moralidade política), pois no entender de Casalmiglia (1999, p. 164) “a virtude da integridade supõe não só a existência dos princípios, senão também sua organização coerente. Dworkin sugere tratar a comunidade como se fosse uma pessoa moral”. Daí a importância que assumem os princípios da igualdade e liberdade para a construção da noção de moralidade política ou justiça pública, o que garantiria a justiça das decisões judiciárias enquanto resultados de concreção prática dos direitos, reconhecidos na cadeia histórica institucional e desenvolvidos a partir de uma interpretação construtiva baseada na coerência dos princípios aceitos pela comunidade política personificada.

3. O CRITICAL LEGAL STUDIES: UMA INTERPRETAÇÃO RADICAL DA FUNÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA DO DIREITO

De início, convém destacar, mais uma vez, que um dos objetivos do presente texto é explorar e aproveitar a influência que o pensamento jurídico norte-americano exerce ou vem exercendo sobre grande parte dos sistemas jurídicos ocidentais, notadamente pela inserção das teorias de autores como o já mencionado Dworkin. Nesse momento, parece oportuno alguma reflexão acerca de importante movimento de estudos críticos do direito nascido nos Estados Unidos da América ao longo dos anos 1970 e 1980, conhecido como “*Critical Legal Studies*” - CLS¹⁰⁷. Como notícia histórica do aparecimento do CLS é interessante o argumento de Arnaldo Godoy (2004, p. 236) que relata os primórdios dos “crits”¹⁰⁸, antes mesmo da realização da *Conference on Critical Legal Studies*, a saber:

Os primeiros ecos do movimento CLS foram ouvidos na Universidade de Yale no início da década de 1970, quando seis professores de direito foram despedidos, representando verdadeiro expurgo de dissidentes. Contudo, maquiou-se a debandada forçada dizendo-se que a universidade dever-se-ia adaptar a novos regimes de contratação. Os professores demitidos teriam contaminado a pureza do formalismo acadêmico do universo jurídico de New Haven, estudando o direito a luz das convulsões sociais e políticas daquela movimentada época. Um dos professores havia organizado seminário para discutir o alistamento militar obrigatório (*draft*), outro deles pronunciou-se sobre o indevido uso retórico que o governo norte-americano fazia do conceito de *Estado de direito* para perseguir membros do movimento Panteras Negras.

Faça-se uma ressalva preliminar e necessária, de que também nesse ponto não se admite como tarefa do presente trabalho uma apresentação pormenorizada e exaustiva do CLS e suas variantes contemporâneas, mas, apenas, uma abordagem de sua contribuição para as questões objeto de análise nesse estudo. O movimento CLS é formado por um grupo bastante amplo e heterogêneo de estudiosos da filosofia política e jurídica que questionam as estruturas do pensamento jurídico tradicional nos Estados Unidos da América, interrogando suas bases filosóficas, sociológicas e políticas.

O CLS surge ou é reconhecido “oficialmente” a partir da realização da *Conference on Critical Legal Studies* (CARRERAS, 1999, p. 165), evento organizado

¹⁰⁷ Em uma tradução livre: Estudos críticos do direito.

¹⁰⁸ Maneira como são chamados os membros do movimento.

por professores “da esquerda do movimento *law and society* (direito e sociedade), que congregava professores mais progressistas”, entre eles Duncan Kennedy, Morton Horwitz e Roberto Mangabeira Unger (GODOY, 2004, p. 237). De acordo com um dos integrantes do CLS, Duncan Kennedy (1992, p. 283) o:

[...] CLS se constitui como uma intervenção, política e intelectual, no “campo acadêmico” [Bourdieu] das faculdades de Direito, iniciada e renovada periodicamente por professoras, professores e estudantes. Os temas políticos da intervenção são heterogêneos, porém, todos de inclinação de esquerda. [...]

No plano intelectual, o trabalho mais importante dos primeiros anos consiste em elaborar uma crítica interna da razão jurídica “american style” dos anos 70. [...]

A aspiração de tal crítica é por em relevo o sentido político da prática cotidiana dos juizes e dos juristas, que constroem o Direito enquanto se entendem a si mesmos como instrumento.

O objetivo do CLS é uma ampla crítica a partir de dentro à razão e ao saber jurídico *estadunidense*, explorando suas contradições internas do ponto de vista axiológico, lingüístico e da prática judiciária, “para demonstrar seu caráter indeterminado e ideológico e impugnar assim a falsa autonomia do direito e do pensamento jurídico analítico com respeito ao debate substantivo de caráter moral e político” (COELHO, 2003, p. 315), com especial destaque temático para a crítica do liberalismo, do positivismo e do movimento *Law and Economics* - que tem por referencial o pensamento de Richard Posner -, por fim, destaca-se que o CLS também enfrenta o importante debate da filosofia política que envolvem liberais e comunitaristas¹⁰⁹.

Academicamente é possível afirmar que o CLS ficou ligado as universidades de Havard (Cambridge) e Yale (New Haven), e seus autores, digamos exponenciais, ao menos em sua primeira fase, são: Duncan Kennedy, Mark Tushnet, Morton Horwitz, Elisabeth Mensch e o brasileiro Roberto Mangabeira Unger (GODOY. 2007, p. 50).

Os referenciais teóricos do CLS são muitos, contudo, podemos dizer que o movimento recebe forte influencia dos pensadores da suspeita, a saber: Marx, Freud e Nietzsche e do pensamento marxista ocidental, especialmente da conhecida escola de Frankfurt, levando-se em consideração o exílio de alguns dos intelectuais do instituto de pesquisa social em solo *estadunidense*. O CLS também apresenta relações com o pensamento de Roscoe Pound e Oliver Wendell Rolmes Jr (pragmatismo); da teoria social clássica representada além de Marx, por Weber e Durkheim. Igualmente, recebem influências e realizam leituras das obras de Foucault e Derrida (KENNEDY. 1992; LLEDÓ.1995). Para

¹⁰⁹ Não seria possível neste pequeno ensaio expor os argumentos deste debate, contudo, ele se trava acerca da teoria do contrato social.

Juan Lledó (1995, p. 137), citando James Boyle, visto de fora o *CLS* se apresenta como uma estranha mistura de “realismo jurídico, Nova Esquerda e crítica literária”.

A respeito da inscrição teórica do *CLS*, Duncan Kennedy (1994, p. 284) destaca que os “crits” “ao mesmo tempo em que levam a sério a noção neo-marxista de que o discurso jurídico equivale à ideologia”, também resistem ao chamado de uma crítica reducionista que existe no discurso de esquerda norte-americano da época, significa dizer, lutam contra o chamado da “vulgata marxista”.

A partir de referenciais teóricos tão expressivos e de sérios estudos jurídicos, o reconhecimento da presença do *CLS* no cenário político e sua influência na construção de um saber jurídico crítico nos Estados Unidos da América mal pode ser exagerada. Partindo da ideia – que se torna um lema – de que *law is politics* (*direito é política*), tomando essa relação entre direito e política, ou da função política do direito, como elemento fundamental de toda teoria, os desdobramentos são a diferenciação entre teoria e prática, entre conhecimento e política e de uma atitude epistemológica anti-positivista. Conseqüentemente, o movimento exerce uma verdadeira contribuição ao desenvolvimento de uma crítica da ideologia jurídica, examinando como a consciência jurídica, criada pelos juristas, contribui para uma falsa representação do mundo social (GODOY. 2007)

Mercedes Carreras (1999, p. 166) destaca que o:

CLS considera que o discurso que dá fundamento ao Direito e às instituições jurídicas não são mais que um mito que trata de legitimar conflitos de classe presente e passados. Quando os “Crits” afirmam que o Direito é política (*Law is politics*) não só se referem a influência que a política pode ter sobre o Direito, senão também que o Direito é um mero exercício do poder que se oculta sob outra determinação.

O *CLS* pretende uma crítica séria aos pilares do pensamento jurídico tradicional *estadunidense*, objetivando demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado liberal não é neutro, determinado e objetivo, e que suas decisões podem ser ideologicamente motivadas (mito da neutralidade do julgador). Para tanto, vale-se, basicamente, de três estratégias argumentativas, que podem ser alinhadas da seguinte maneira: *o direito é política*, o direito é indeterminado e que o direito é uma forma de reificação, ou seja, um instrumento de dominação (CARRERAS, 1999, p. 166-167).

A fim de ilustrar um dos argumentos da crítica apresentada pelo *CLS*, cite-se a reflexão do “crit” brasileiro Roberto Mangabeira Unger (1979; p. 187):

As questões básicas de especulação no campo da jurisprudência e da política resultam da dupla experiência da injustificabilidade da ordem de classes existente e da

corrupção dos acordos ou tradições morais pela injustiça da sua origem. Na medida em que as pessoas passam por essa experiência, esforçam-se por evitar ou minorar a escravidão mútua da ordem de classes e estabelecer o poder mais forte - o governo - sobre uma base que elimine a arbitrariedade das habituais hierarquias sociais.

De tal modo, verifica-se que o movimento intitulado *Critical Legal Studies* - CLS - “agitou” o pensamento político e jurídico na América, inclusive com técnicas de interpretação por desconstrução¹¹⁰ literária, com marcada influência de Derrida, chegando-se ao procedimento de *trashing*, que tinha por metodologia “explorar contradições, antinomias, ambigüidades, inconsistências, absurdos” (GODOY, 2004, p. 240) a ponto de “relegar ao lixo” textos da doutrina jurídica tradicional e de precedentes dos tribunais (GODOY, 2007), pois revelavam as bases paradoxais do liberalismo jurídico.

Para Derrida (2007, p. 12) “é aliás normal, previsível, desejável, que pesquisas de estilo desconstrutivo desemboquem numa problemática do direito, da lei e da justiça. Seria mesmo seu lugar próprio, se algo como tal existisse”. O pensador francês se manifesta abertamente sobre o CLS, em conferência pronunciada na Cardozo Law School, em outubro de 1989 - em Nova Iorque -, pois julga:

que os desenvolvimentos dos *Critical Legal Studies* ou dos trabalhos como os de Stanley Fish, Barbara Herrnstein-Smith, Drucilla Cornell, Samuel Weber e outros, que se situam na articulação entre a literatura, a filosofia, o direito e os problemas políticos institucionais, são, hoje em dia, do ponto de vista de certa desconstrução, dos mais fecundos e dos mais necessários. Eles respondem, a meu ver, aos programas mais radicais de uma desconstrução que desejaria, para ser conseqüente com relação a ela mesma, não permanecer fechada em discursos puramente especulativos, teóricos e acadêmicos, mas pretender, contrariamente ao que sugere Stanley Fish, ter conseqüências, *mudar* as coisas e intervir de modo eficiente e responsável (embora sempre mediatizado, claro) não apenas na profissão mas naquilo que chamamos a cidade, a *polis* e, mais geralmente, o mundo (DERRIDA, 2007, p. 14).

Conforme Arnaldo Godoy (2004, p. 240):

¹¹⁰ A perspectiva de desconstrução de Derrida nos orienta para que a leitura de um texto possa ser submetida à outra - contra - ou nova leitura (DERRIDA 2007), “em um movimento que une presente e passado, futuro e presente” (KOZICKI, 2005, p. 133).

A partir de 1980, o uso de técnicas desconstrutivistas passou a influenciar o *CLS*, que se orientou para *libertar os leitores dos textos*. A desconstrução é técnica pós-estruturalista, fundamentada na gramatologia de Jacques Derrida, que denunciava o valor da palavra falada sobre a palavra escrita. Trata-se de logocentrismo característico da tradição cultural ocidental, fiado na memória, hipervalorizadas antes do aparecimento dos processos de escrita. O significado do texto pode ser reduzido a absoluta falta de sentido, demonstrando-se suas contradições, processo hermenêutico que constata comportamento que idolatra o contexto normativo; a desconstrução aponta para a impossibilidade de justiça.

Torna-se particularmente interessante o modo como o *CLS* irá abordar e se relacionar com a questão da interpretação constitucional. Como restou dito no parágrafo anterior, o procedimento radical, a partir da teoria da desconstrução de Derrida, impulsiona o *trashing*, apesar disso, não é apenas com o desconstrutivismo do discurso jurídico liberal e sua interpretação jurídica, relegando ao lixo as decisões judiciais e os precedentes, a maneira como o *CLS* encara o problema hermenêutico. A partir principalmente de sua consideração da função política do direito e de sua caracterização da influência do liberalismo, que acarreta o caráter indeterminado do discurso jurídico, é que o *critical legal studies* enfrentará o tema da interpretação constitucional.

Dirá, então, Mercedes Carreras (1999, p. 167):

Sem embargo, o Direito tem um caráter indeterminado, e as normas jurídicas não servem para assegurar soluções definitivas aos litígios que se apresentam. *CLS* justifica sua tese mediante uma dupla crítica. Mediante a crítica interna pretende demonstrar que as premissas da teoria liberal do Direito são inconsistentes, incompletas, ambíguas e, portanto, indeterminadas. A crítica externa busca um resultado similar, porém se apóia na lingüística, na história e na filosofia. *CLS* empregou a lingüística moderna e a desconstrução para mostrar que a natureza mesma da linguagem faz com o Direito seja indeterminado.

Dentre as inúmeras preocupações temáticas do *CLS*, a teoria da interpretação constitucional não ficou de fora, recebendo especial atenção de Mark Tushnet, Hutchinson e Petter, Bakan (KENNEDY, 1994, p. 284). Ao colocar em suspeita as bases do pensamento político liberal, os “crits” lançam seu olhar crítico para toda a teoria da interpretação jurídica, alcançando, inclusive, a teoria da integridade de Dworkin, que pretende uma hermenêutica constitucional de princípios, de cunho profundamente político-moral.

Contrapondo tal perspectiva que para o CLS corresponde a uma abordagem liberal, Mark Tushnet irá propor uma teoria da interpretação constitucional conhecida como *constitucionalismo popular* ou *posição populista* (*populist constitutional law*). Bernardo Fernandes (2012, p. 9) sugere que a teoria de Tushnet “combate a supremacia das decisões judiciais, sob a alegação de que os tribunais não possuiriam legitimidade para se manifestar de forma final acerca da interpretação constitucional”.

Mais do que um crítico reducionista da vertente da origem não democrática dos magistrados da Suprema Corte, Tushnet está preocupado em apresentar uma análise que se alinhe às pretensões gerais do CLS, logo, pretende um exame anti-positivista e que retire o monopólio da interpretação constitucional das mãos do Judiciário, significa dizer que ele é um crítico pela “tese da supremacia judicial (ou seja, a consideração que o judiciário se torna poder condutor acima dos demais poderes) criticando, assim, a posição da Suprema Corte de detentora do monopólio de dizer o teor do direito constitucional” (FERNANDES; DAVID, 2012, p. 9).

No texto *following the rules laid down: critique of interpretativism and neutral principles*¹¹¹, em que Tushnet analisa de perto a questão do interpretacionismo, o *crit* irá propor uma revisita a questão da interpretação constitucional vinculada à intenção dos *framers* e a teoria dos princípios, pois ambas as teorias visam garantir o Estado de Direito pela limitação do poder discricionário do julgador (TUSHNET, 1983, p.781). Tushnet (1983, p. 781) indica que as teorias constitucionais são frutos da teoria política liberal, visando constranger os juízes que, de acordo com premissas liberais, não deveriam decidir casos com base em suas próprias motivações (ideológicas) subjetivas. Mas cada teoria, em última análise, depende de pressupostos que são eles próprios incompatíveis com o ponto de vista liberal. O interpretacionismo pode ligar adequadamente o presente com o passado apenas com base em uma historiografia que pressupõe um consenso que ele não pode demonstrar. E a teoria dos princípios neutros pode restringir escolhas judiciais apenas com base em um entendimento presumido do papel do raciocínio judicial em nossa política.

De acordo com Juan Lledó (1995, p. 141):

A teoria do direito principiológica de tipo dworkiano já não oculta a controvertida dimensão político-moral do Direito, porém crê ser possível resolver racionalmente seus conflitos substantivos realizando a ponderação entre princípios ou a sua reconstrução em uma teoria integradora coerente. Para CLS, todas essas intenções servem unicamente para empurrar para outro nível o ponto pelo qual se introduz a indeterminação e a necessidade de genuína eleição. A tese é que filosófica, moral e politicamente o Direito contemporâneo, está

¹¹¹ Em tradução livre: “Seguindo as regras estabelecidas: crítica do interpretacionismo e princípios neutros”

simultaneamente comprometido com pólos opostos de pressupostos e ideais irreconciliáveis e os conflitos nos materiais jurídico-políticos não são senão manifestações dessas contradições situadas em níveis muito mais profundos. Em última análise, o que subjaz são as contradições do “pensamento liberal”, entendido esse em um sentido amplíssimo, as vezes praticamente coextensivo com a visão do homem e do mundo e com forma de racionalidade que chamamos “moderna” ou “ilustrada”.

Portanto, levando em consideração a amplitude e profundidade do debate travado pelo *CLS*, talvez seja importante retomar seus referenciais a fim de se proceder outra abordagem do tema da interpretação constitucional, com o objetivo maior de se evitar uma discussão reduzida a um jurisprudencialismo que pretende portar as vestes do “novo” ou, nos dizeres de Bercovici (2004), de um “positivismo jurisprudencial” que retira do centro do debate a norma jurídica e inclui a decisão dos tribunais, fazendo com que toda questão constitucional se torne um problema de hermenêutica e seja monopólio do judiciário, afastando a possibilidade de uma abordagem política, excluindo problemas da teoria do estado, bem como a possibilidade de uma interpretação popular e democrática que pode ir além do protagonismo judicial, apresentando-se, por isso, de forma eminentemente política.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Diante de tudo que restou dito até aqui, importa considerar que no debate acerca da hermenêutica constitucional nos Estados Unidos da América, o tema da função política do direito é levado em consideração desde seus primórdios sem um constrangimento epistemológico aparente, ao contrário do que acontece no âmbito nacional. Mesmo quando consideramos a polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, o que se coloca em jogo é a possibilidade ou não de uma hermenêutica para além da vontade política dos *framers*, o que aproxima a forma jurídica do contexto político, mesmo que para negar a possibilidade da relação entre ambos.

Ao avançarmos sobre a questão levando em consideração pontos de vista que superam a polêmica inicial no que diz respeito à sofisticação conceitual, verificamos, em especial com a leitura de Dworkin, a inserção de elementos mais profundos (*linguistic turn*) no âmbito da hermenêutica constitucional, com a elaboração de uma teoria do direito como integridade que é propositiva, ou seja, apresenta uma proposta de leitura moral da constituição que deve ser coerente com o passado e com o futuro da comunidade política personalizada, o que significa dizer que a proposta teórica de Dworkin detém

um cunho - em sua vertente hermenêutica - de uma teoria jurídica construtivista que busca orientar a prática judiciária das decisões em conformidade com os princípios estabelecidos pela comunidade política na forma da melhor interpretação jurídica possível que teria por objetivo uma noção de justiça pública (moralidade política) baseada em argumentos de princípio político, o que autorizaria o reconhecimento e possibilidade de um discurso instituinte de direitos, podendo, desse modo, superar a visão conservadora do *Law and Economics* e o radicalismo da proposta do *CLS*, na medida em que não apenas apresenta críticas ao sistema jurídico, mas, sim, propõe uma solução aos seus problemas levando em consideração o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, ainda como possível abordagem para além da polêmica entre interpretacionistas e não interpretacionistas, considera-se que a proposta radical do *CLS* de identificação do direito como política não é apenas uma leitura pessimista e carregada de certo “nihilismo negativo” como preferem Fernandes e David (2012), pois isso reduziria em muito a contribuição teórica de todo um movimento de estudos críticos do direito que ao que parece pode cooperar ainda hoje para importantes problemas que dizem respeito a hermenêutica constitucional *estadunidense* e, porque não dizer, para a teoria da interpretação constitucional de uma maneira geral. Na medida em que sua abordagem radical focaliza problemas de legitimidade ligados ao monopólio da interpretação e lançam luz a respeito de temas ligados a essa mesma questão do ponto de vista sistêmico, refutando as abordagens por eles compreendidas como representantes do liberalismo jurídico, tendo em vista suas contradições insustentáveis e, inclusive, objetando teorias de cunho moral-institucional como a de Dworkin, que podem representar melhores elaborações conceituais, no entanto, a partir das categorias conceituais e problemas postos pelo *CLS*, seria possível identificar que as teorias apresentadas pelo liberalismo jurídico ainda não dariam conta dos problemas ligados à questão da interpretação, em especial no que diz respeito a adoção de um postura anti-positivista, pois mesmo que se reconheça que a teoria de Dworkin é não positivista a apropriação que se tem feito dela apenas tem modificado o objeto a ser analisado pela ciência jurídica, substituindo-se a norma jurídica (abordagem positivista) pela decisão dos tribunais, o que demonstra a manutenção de uma epistemologia e metodologia medularmente positivista. Assim, mesmo que se reconheça os inúmeros problemas existentes no âmbito do *CLS* talvez sua contribuição ainda seja capaz de fornecer elementos para uma reflexão no sentido de politizar o debate acerca da hermenêutica constitucional no sentido de tornar clara e distinta uma defesa da função política do direito que possa, em todo caso, representar uma abertura radicalmente democrática no que tange à participação no processo de interpretação da constituição.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

- ACKERMAN, Bruce. Liberalismos políticos. Trad. Jorge F. Malem Seña. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 17-18, p. 25-51.1995.
- BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: **Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política**. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense. 2008.
- _____. **Destino e caráter**. Trad. João Barrento. Coleção textos clássicos de filosofia. Covilhã: Universidade da Beira Interior. 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. In: **Lua Nova**, nº 61, p. 5-24. 2004.
- BUENO, Roberto. Interpretação constitucional: A polêmica entre originalismo e não-originalismo. In: **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**. v. 3, p.1-36. 2010.
- CARRERAS, Mercedes. Cuando el Derecho se convierte en política: reflexiones sobre Critical Legal Studies. In: **Isegoría**, Madrid, nº 21, 1999, págs. 165-174.
- CASALMIGLIA, Albert. Problemas abiertos en la filosofía del derecho. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 1, p. 43-47.1984.
- _____. El concepto de integridad en Dworkin. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 12, p. 1-24. 1992.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.
- DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes. 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000.
- _____. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 1999.
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes. 2010.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. A Teoria da interpretação judicial para além do interpretativismo e do não-interpretativismo. In: **XX Congresso Nacional do Conpedi, 2012, Uberlândia - MG. Anais do XXI Encontro Nacional do Conpedi**, p. 1-18. 2012.
- _____. DAVID, Raphaela Borges. Hermenêutica constitucional norte-americana: reflexões sobre a critical legal studies, a Law and economics e a teoria da integridade. In: **XXI Congresso Nacional do Conpedi, 2012, Niterói - RJ. Anais do XXI Congresso Nacional do Conpedi**, p. 1-20. 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: hermenêutica e a filosofia prática**. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis-RJ: Vozes. 2007.
- GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Kant, Schopenhauer e o direito de mentir. In: **Em Tempo**. Marília, v. 3. p. 103-107. 2001.
- _____. O discurso e o direito. In: **Direito e discurso: discursos do direito**.
- FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux. 2006.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. São Paulo: Manole. 2004.

_____. O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política. In: **Revista Jurídica da Presidência da República**. Brasília. Vol. 8, nº 82, p. 49-63. Dez/jan. 2007.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debata sobre el liberalismo político**. Trad. Fernando Vallespín. Barcelona: Paidós. 1998.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Seleção de textos de Francisco C. Weffort. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho [et. al.]. 3ª Ed. Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1985.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **El concepto del derecho**. 2 ed. Trad. Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1968.

HOLMES JR, Oliver Wendell. Veredas do Direito: “Path of the law”. Trad. Lauro Frederico Barbosa da Silveira e Vinício Carrilho Martinez. In: **Revista Discurso Jurídico. Campo Mourão**, v. 4, n.1, p. 266-280. 2008.

HORKHEIMER, Max. **Teoria tradicional e teoria crítica**. Trad. de Afonso Malagodi e Ronaldo Pereira Cunha. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural. 1989.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2006.

KENNEDY, Duncan. Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho**, Alicante. nº 11, p. 283-293.1992.

_____. La educación legal como preparación para la jerarquía. In: **Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho**, Eudeba, p. 373-385. 2001.

_____. Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen. In: CACERES, Enrique. **Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho**. México: UNAM. 2005.

_____. La crítica de los derechos en los *Critical legal Studies*. In: **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, Palermo, nº 47, p. 47-90. 2006.

KOZICKI, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida. In: **Crítica da Modernidade: diálogos com o Direito**.

FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux. 2005.

LIEDÓ PEREZ, Juan A. Critical Legal Studies y el comunitarismo. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho**. Nº 17-18. 1995, p. 137-164.

LYRA FILHO, Roberto. **A filosofia jurídica nos Estados Unidos da América: revisão crítica**. Porto Alegre: Fabris. 1977.

PEIRCE, Charles Sanders. **A fixação da crença**. Disponível na internet: WWW.lusosofia.net . Acesso em 10/10/2013.

PINZANI, Alessandro. Os demônios e as facções. Kant e Madison sobre paixões e instituições. In: **Crítica: Revista de Filosofia. Londrina**. v. 11. n. 33, p. 131-156. 2006.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Interpretação constitucional: notas sobre procedimentalismo e substancialismo. In: **Revista do Instituto de Direito Brasileiro (RIDB) da Faculdade de Direito de Lisboa**. Ano 2, nº 8, p. 8665-8678. 2013.

- _____. Perspectivas críticas do direito: notas acerca do movimento Critical Legal Studies (CLS) e sua contribuição jurídica e política para a construção do saber jurídico. In: **Jornal da Fundação**. Disponível na internet: <http://www.univem.edu.br/jornal/materia.php?id=135>. Acesso em: 02/06/2014.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 2000.
- _____. **A teoria da justiça como equidade**: uma teoria política, e não metafísica. In *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.
- RORTY, Richard. Depois da filosofia, a democracia. In: **A filosofia americana. Conversações com Quine, Davidson, Putnam, Nozick, Danto, Rorty, Cavell, Macintyre, Kuhn**. BORRADORI, Giovana (org.). Trad. Alvaro Lorencini. São Paulo: editora da Unesp. 2003.
- SANDEL, Michael J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 4ª Ed. Rio de Janeiro: civilização brasileira. 2011.
- SCALIA, Antonin. Originalismo y no originalismo en la interpretación de la Constitución de los EE.UU. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Montevideo**, p. 21-28. 1989.
- SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. Pensar é estar em pensamento. In: SILVA, Dinorá Fraga da; VIEIRA, Renata (Org.). **Ciências cognitivas em semiótica e comunicação**. São Leopoldo: editora da Unisinos. 1999.
- _____. Filosofia e jurisprudência nos primórdios do pragmatismo: Charles S. Peirce e Oliver Wendell Holmes, JR. In: **Em tempo**. Marília. v. 4. p. 84 - 97, 2002a.
- _____. Os primeiros passos rumo à verdade. In: **Cognitio**. São Paulo. n° 3, p. 107-114. 2002b.
- _____. Observe-se o fenômeno: forma e realidade na semiótica de Peirce. In: **Cognitio**. São Paulo. v. 5, p. 194-199. 2004
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Seleção de textos de Francisco C. Weffort. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho [et. al.]. 3ª Ed. Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1985.
- TUSHNET, Mark. Following the rules laid down: critique of interpretativism and neutral principles. In: **Havard law Review**, vol. 96, n°4. 1983.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna**: contribuição à crítica da teoria social. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1979

DA “ABSTRATIVIZAÇÃO” DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E DA SÚMULA VINCULANTE: POR UMA APLICAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Caroline Schneider¹¹²
Ellen Carina Mattias Sartori¹¹³

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar as características do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente o controle difuso ou concreto de constitucionalidade e a tendência denominada de “abstrativização”, que almeja objetivar o controle difuso, imputando-lhe efeitos típicos do controle abstrato. O tema é extremamente controvertido na doutrina brasileira em razão do artigo 52, X, da Constituição Federal Brasileira de 1988. Pretende-se, assim, investigar se as súmulas vinculantes poderiam ser utilizadas como forma constitucionalmente adequada para conferir efeitos vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle difuso, sem que isso importe inconstitucionalidade ou mutação constitucional. Contudo, o artigo ainda procurará demonstrar que o funcionamento e aplicação do instituto da súmula vinculante dependem de uma adequada aplicação da lógica de respeito aos precedentes, sob pena desse instituto também padecer de inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

A chamada “abstrativização” do controle difuso-concreto de constitucionalidade vem sendo tema recorrente na doutrina brasileira nos últimos anos. Segundo essa tese, teria havido uma mudança sensível na atuação do Supremo Tribunal Federal, de modo que mesmo as decisões proferidas no controle difuso passariam a ser dotadas de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, ou seja, efeitos próprios do controle abstrato de constitucionalidade.

O tema é extremamente controvertido. Alguns juristas apontam os inúmeros benefícios dessa “abstrativização”, por exemplo, a celeridade e economia processuais, além de reforço à segurança jurídica e à isonomia. Por outro lado, muitos a repudiam por ofender normas e princípios constitucionais, pois estaríamos diante de uma interpretação extensiva contrária aos preceitos da Constituição Federal.

Deste modo, as súmulas vinculantes vêm sendo sugeridas pela doutrina como um modo de conferir efeitos vinculantes às decisões proferidas pelo

¹¹² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP - ITE. Pós-Graduada *lato sensu*, Especialização, pela Escola da Magistratura do Paraná. Pós-Graduada em Direitos Difusos e Coletivos pela Unama. Analista do Seguro Social com formação em Direito. Advogada.

¹¹³ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas na Instituição Toledo de Ensino - ITE. Especialização em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Advogada.

Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso-concreto de constitucionalidade, sem que isso resulte em ofensa à Constituição.

A problemática é merecedora de um longo tratado a respeito, o que não é o objetivo desse humilde estudo. Pretende-se, apenas, analisar se as súmulas vinculantes seriam realmente necessárias para a “abstrativização” do controle difuso-concreto de constitucionalidade e, ainda, demonstrar que o funcionamento e aplicação do instituto da súmula vinculante dependem de uma adequada aplicação da dialética de respeito aos precedentes, posto que seu manejo, da forma como vem sendo feito, acaba por trazer uma série de tensões e divergências.

1 O HIBRIDISMO DO MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico é um sistema que pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa coerência deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Portanto, “o controle de constitucionalidade é a técnica jurídica de neutralização de atos jurídicos – principalmente de poder público (estatais) e especialmente os atos normativos – incompatíveis, e de conformação de atos jurídicos compatíveis com a Constituição”¹¹⁴. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.

Segundo Barroso, duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema. É esta o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição¹¹⁵. Segundo Rothenburg, este seria o pressuposto de ordem axiológica¹¹⁶.

A rigidez constitucional é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração

¹¹⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, 95 p.

¹¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-17037-7, e-book. Disponível em: <<http://www.editorasaraiva.com.br/produtos/show/isbn:9788502152601/o-controle-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 11 nov 2013.

¹¹⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, 96 p.

diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais¹¹⁷. Segundo Rothenburg, este seria o pressuposto de ordem formal, porém, nesse pressuposto especificamente, alerta o autor da possibilidade de controle de constitucionalidade quando nos deparamos com uma Constituição flexível, como no caso de um vício de inconstitucionalidade formal orgânica, ou seja, “uma lei editada por órgão diferente daquele previsto na Constituição seria inconstitucional”¹¹⁸.

Para Rothenburg haveria, ainda, um terceiro pressuposto, de ordem subjetiva e procedimental, qual seja, “um ou vários órgãos com condições – sobretudo de imparcialidade – para realizar esse controle”, no caso do ordenamento jurídico pátrio, todos os juízes e tribunais em caso de controle difuso e o Supremo Tribunal Federal em caso de controle concentrado.

Marbury v. Madison (1803) é apontada como a primeira decisão na qual uma Suprema Corte (no caso a estadunidense) afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema¹¹⁹.

Embora o controle de constitucionalidade (*judicial review*) seja “obra da interpretação dos magistrados americanos”¹²⁰, a Supremacia da Constituição, ao contrário, é norma expressa da Carta: “apresenta como fundamento de existência e validade de todas as demais normas jurídicas, ou seja, existe uma relação de conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição”¹²¹.

Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos feitas em conformidade, e todos os tratados celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos, constituirão a lei suprema da nação; e os juízes de todos os Estados a ela estarão sujeitos, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou leis de qualquer dos Estados. (artigo 6º, seção segunda da Constituição Americana de 1787)¹²².

¹¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-17037-7, e-book. Disponível em: <<http://www.editorasaraiva.com.br/produtos/show/isbn:9788502152601/o-controle-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 11 nov 2013.

¹¹⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, 96 p.

¹¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-17037-7, e-book. Disponível em: <<http://www.editorasaraiva.com.br/produtos/show/isbn:9788502152601/o-controle-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 11 nov 2013.

¹²⁰ PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal: Composição e Indicação de seus Ministros*. São Paulo: Método, 2012, 23 p.

¹²¹ PEIXOTO, loc. cit.

¹²² PEIXOTO, loc. cit.

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas¹²³.

Nesse sentido, Barroso afirma que nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido, e a falta de validade traz como consequência a nulidade ou a anulabilidade. No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é a de nulidade. Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito. Tal doutrina foi acolhida por Marshall, em *Marbury v. Madison*. A lógica do raciocínio, segundo o autor, é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato¹²⁴.

Corolário natural da teoria da nulidade é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório (e não constitutivo), limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Disso resulta que, em regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao *status quo ante*.

A teoria da nulidade da norma inconstitucional foi amplamente acolhida no Direito brasileiro desde o início da República, quando Ruy Barbosa averbou que “toda medida legislativa, ou executiva, que despreze precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula”¹²⁵. Segundo palavras do próprio Ruy Barbosa, em discurso proferido em posse no Instituto dos Advogados, 1911, “o que sob a Constituição de 1891 lucrou em poder a justiça, não foi a atribuição de verificar a constitucionalidade nos atos do Poder

¹²³ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-17037-7, e-book. Disponível em: <<http://www.editorasaraiva.com.br/produtos/show/isbn:9788502152601/o-controle-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 11 nov 2013.

¹²⁴ BARROSO, loc. cit.

¹²⁵ BARROSO, loc. cit.

Executivo: foi a de pronunciar a inconstitucionalidade nos atos do Congresso Nacional”¹²⁶.

Hans Kelsen, por sua vez, foi o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, através da Constituição da Áustria, em 1920, aperfeiçoado com a reforma constitucional de 1929. Professava ele uma visão doutrinária bem diversa daquela que prevaleceu nos Estados Unidos com a instituição do *judicial review*. Para Kelsen, o controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional, que melhor se caracterizaria como atividade legislativa negativa. Idealizador do controle concentrado em um tribunal constitucional, considerava que a lei inconstitucional era válida até que uma decisão da corte viesse a pronunciar sua inconstitucionalidade. Antes disso, juízes e tribunais não poderiam deixar de aplicá-la. Após a decisão da corte constitucional, a lei seria retirada do mundo jurídico¹²⁷.

Por essa linha de entendimento, a lei inconstitucional não seria nula, mas meramente anulável. Vale dizer: a inconstitucionalidade não geraria uma nulidade, mas tão somente a anulabilidade do ato. Como consequência, a decisão que a reconhecesse teria natureza constitutiva negativa e produziria apenas efeitos *ex nunc*, sem retroagir ao momento de nascimento da lei.

Uma lei só é anulada por decisão judicial. Tal efeito, naturalmente, só se realiza com a publicação da decisão anulatória, assim como a eficácia jurídica de uma lei só se inicia com sua publicação. [...] Em sua decisão a Corte Constitucional pode estabelecer um prazo para a invalidação da lei, o qual não pode ultrapassar seis meses. A decisão opera fundamentalmente apenas *pro futuro*, e a lei inconstitucional, até então válida, é *anulada*¹²⁸.

Kelsen queria com isso evitar um “governo de juízes”, numa época em que havia certa revolta dos juízes contra a lei. Assim, o controle de constitucionalidade se expandiu na Europa, sendo Kelsen apontado como o idealizador do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade.

O motivo para a existência de dois modelos diferentes em continentes diferentes decorre da influência do racionalismo. Os Europeus, com base governamental em monarquias absolutistas, não confiavam em seu Judiciário, diante das suas origens aristocráticas, com ligações explícitas com o rei e os seus, acreditavam sim na Supremacia do Parlamento – ideologia que surgiu com a Revolução Gloriosa de 1688, com a finalidade de controlar as colônias. Diante disso, Montesquieu, defendeu que a atividade de julgar deveria ser

¹²⁶ CLARET, Martin (Coord). *Discurso no Instituto dos Advogados Brasileiros/Discurso no Colégio Anchieta/Rui Barbosa*. 2 ed. São Paulo: Martin Claret. 2010.

¹²⁷ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-17037-7, e-book. Disponível em: <<http://www.editorasaraiva.com.br/produtos/show/isbn:9788502152601/o-controle-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 11 nov 2013.

¹²⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 25 p.

atribuída a mera atividade declaratória, sem qualquer possibilidade de criação de direitos: “o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas ‘um texto exato da lei’”¹²⁹.

Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o status quo e não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas. Não havia qualquer isenção para ‘julgar’¹³⁰.

De forma totalmente diversa, no ordenamento jurídico estadunidense, havia a confiança no Poder Judiciário, para a proteção dos direitos e liberdades, confiança que, enquanto Colônia, já depositavam no sistema da MetrÓpole. Sendo a Colônia regida por Cartas emitidas pelo Governo Inglês, não era permitida ao Judiciário a imposição de leis coloniais que fossem conflitantes com as Cartas da MetrÓpole, esse é, para alguns, o primeiro passo para o *judicial review*¹³¹.

A atribuição de um valor superior à constituição justificase com base numa ordem de razões. Desde logo, pelo facto de ela ser concebida como o ato fundacional do Estado. Por outro lado, pela necessidade que se sentiu nos primórdios do constitucionalismo norte-americano de submeter o poder legislativo a limites precisos e sólidos.

132

Desenvolvido, destarte, a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle.

Essas concepções aparentemente excludentes acabaram por ensejar o surgimento dos modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas básicos (*v. g.*, o sistema brasileiro e o sistema português)¹³³.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 45 p.

¹³⁰ MARINONI, loc. cit.

¹³¹ MARINONI, loc. cit.

¹³² URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina. 2013, 27 p.

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-115507-7, e-book. Disponível em: <<http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/7074370>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

[...] é possível detectar em alguns sistemas de controlo certos desvios em relação ao modelo puro. Por vezes, esses desvios consubstanciam uma aproximação entre os modelos puros, que assim convergem ou confluem, seja através da combinação de elementos típicos de cada um deles, seja por força da utilização de institutos que proporcionam um resultado idêntico ou quase idêntico ao que resultaria de uma tal combinação¹³⁴.

No Brasil, a Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. A influência europeia ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n. 8º e 9º), porém, em momento algum a Carta estabelece qualquer procedimento para sua efetiva proteção. Segundo Leite, apenas o Legislativo e o Executivo “são os verdadeiros representantes da nação, são os únicos sobre quem repousa a soberania nacional, porque fazem as leis e dirigem sua execução”¹³⁵. Além disso, ao lado do Poder Executivo desempenhava o Imperador o Poder Moderador, com a função precípua de manter a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais Poderes, o que de plano dificultou uma fiscalização das normas pelo Judiciário.

Ora, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, ‘chave de toda a organização política’ nos termos da Constituição, praticamente inviabilizou o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1824, ao Imperador cabia solucionar os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário¹³⁶.

O regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Ruy Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição provisória de 1890 (art. 58, § 1º, *a* e *b*)¹³⁷.

A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a

¹³⁴ URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina. 2013, 20 p.

¹³⁵ LEITE, Nicolao Rodrigues dos Santos França e. *Considerações Políticas sobre a Constituição do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Tipographia de J.M.A.A de Aguiar, 1872, 69 p.

¹³⁶ CLÈVE. Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 64 p.

¹³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-115507-7, e-book. Disponível em: <<http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/7074370>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1º, *a* e *b*). Segundo Clève, “o Judiciário exercitava, com a Constituição de 1891, um modelo difuso, incidental e sucessivo de fiscalização da constitucionalidade”¹³⁸.

A Constituição de 1934 introduziu profundas e significativas alterações no nosso sistema de controle de constitucionalidade. A par de manter, no art. 76, III, *b* e *c*, as disposições contidas na Constituição de 1891, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais, preceito já acolhido pela jurisprudência norte-americana. Evitava-se, com isso, a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais (art. 179)¹³⁹.

Por outro lado, a Constituição consagrava a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 91, IV, e 96).

A fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade. É possível, porém, que inspirado no direito comparado, tenha o constituinte conferido ao Senado um poder excessivo, que acabaria por convolar solução em problema, com a cisão de competências entre o Supremo Tribunal e o Senado¹⁴⁰.

É certo que, por outro lado, coerente com o espírito da época, a intervenção do Senado limitava-se à declaração de inconstitucionalidade, não se conferindo eficácia ampliada à declaração de constitucionalidade. Consagrou-se com o advento da República o modelo difuso do controle de constitucionalidade¹⁴¹.

Em 1934, introduziu-se a ação direta, como procedimento preliminar do processo de intervenção (CF/34, art. 12), a qual teve vigência curta, pois, com a Carta “semântica” de 1937, apenas o controle difuso e a obrigatoriedade de maioria absoluta foram inseridos na nova ordem constitucional.

Circunstância importante a ser analisada na Constituição de 1937, quanto ao controle de constitucionalidade, foi a possibilidade de ingerência do Poder Executivo e Legislativo, de acordo com o parágrafo único do art. 96, e oportunidade de reversão da decisão por voto de dois terços dos membros de cada Câmara.

¹³⁸ CLÈVE. Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 66 p.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-115507-7, e-book. Disponível em: <<http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/7074370>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

¹⁴⁰ MENDES; BRANCO, loc. cit.

¹⁴¹ MENDES; BRANCO, loc. cit.

Em 1946, consolidou-se o desenvolvimento da representação para efeitos de intervenção, contra lei ou ato normativo estadual (CF/46, art. 8º, parágrafo único). E, somente em 1965, com a adoção da representação de inconstitucionalidade, passou a integrar nosso sistema o controle abstrato de normas (Emenda n. 16/65 à Constituição de 1946).

De acordo com alguns doutrinadores, o fortalecimento do controle concentrado, em períodos de exceção, demonstra a tendência do Poder Executivo pelo controle, eis ser muito mais fácil controlar um órgão do Poder Judiciário, ao invés de vários. Dispõe nesse sentido Brawerman que “a história brasileira comprova que os governos antidemocráticos procuram controlar o Poder Judiciário, utilizando-se da prevalência do controle concentrado, em detrimento do difuso”¹⁴².

Ao final dos anos oitenta, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constitucionalidade, ensejando-se modelo híbrido ou misto de controle.

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.¹⁴³ É, portanto, nesse novo contexto que se aprecia as inovações no controle incidental ou concreto de normas.

Assim, o controle abstrato é aquele realizado mediante o exame da inconstitucionalidade em tese, é feito de forma concentrada, sendo, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal o órgão competente para tanto. Tem como objeto principal a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei, e a decisão terá eficácia *erga omnes* e, atualmente, também vinculante. A lei ou ato normativo declarado inconstitucional será nulificado e perderá sua validade¹⁴⁴.

Não obstante, no sistema difuso ou incidental, o controle de constitucionalidade é exercido por todos os juízes e tribunais, exigida, no caso destes, a observância do quórum especial, e a suspensão pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal. Tais preceitos foram incorporados pela Constituição de 1946 (arts. 101, III, *b* e *c*, 200 e 64), pela Constituição de 1967/69 (arts. 119, III, *a*, *b*, *c*, 116, e 42, VII) e pela Constituição de 1988 (arts. 97 e 52, X).

¹⁴² BRAWERMAN, André. Ação Declaratória de Constitucionalidade: Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das Alterações Havidas com a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de Dezembro de 2004. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 59-60, jan./dez. 2004, 41 p.

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-115507-7, e-book. Disponível em: <<http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/7074370>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

¹⁴⁴ ZAMARIAM, Livia Pitelli; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Súmulas Vinculantes: Solução para a Adequada Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade? *Scientia Iuris*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 113-136, jul. 2012, 117 p.

No controle incidental, entretanto, a inconstitucionalidade é arguida no contexto de um processo ou ação judicial, em que a questão da inconstitucionalidade configura um incidente, uma questão prejudicial que deve ser decidida pelo Judiciário, resolvida na fundamentação da decisão judicial e produzirá efeito somente entre as partes. As decisões obtidas anulam a lei, retirando sua eficácia somente naquele caso concreto, e, tradicionalmente, só poderão adquirir efeitos *erga omnes* se declarada a suspensão pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal¹⁴⁵.

No entanto, nada é mais assim, tão distinto, tão separado, tão caracterizado. A evolução do ordenamento jurídico, a evolução dos direitos, a evolução da necessidade de uma prestação jurisdicional efetiva levaram o Judiciário a mesclar os institutos, aplicando regramentos do controle concentrado de constitucionalidade no controle difuso de constitucionalidade. Com bem explica Urbano, deixamos de lado a consagração de sistemas simultâneos, que coexistem dentro do ordenamento, e passamos a ter uma mistura, “uma miscigenação dos dois modelos puros dentro de mesmo processo de fiscalização”¹⁴⁶.

2 A “ABSTRATIVIZAÇÃO” DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A despeito da distinção tradicional, portanto, o controle de constitucionalidade brasileiro vem enfrentando mudanças e tendências ao longo da história e, em especial, na última década. O modelo híbrido adotado é considerado um dos mais complexos do mundo, por abranger tanto o controle abstrato-concentrado quanto o concreto-difuso. Apesar de no ordenamento jurídico brasileiro coexistirem sistemas de controle com características bem delineadas, recentemente observa-se certa mitigação desta separação¹⁴⁷.

Nas últimas décadas, houve uma sensível diminuição da importância do controle difuso, e isso se reflete na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que passou a admitir a utilização de instrumentos tradicionais do controle abstrato no controle concreto, tais como a intervenção do *amicus curiae*, a modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade e a aceitação da causa *petendi* aberta¹⁴⁸.

Até o legislador, nesta mesma tendência, inseriu, através da Emenda Constitucional n. 45/2004, um elemento objetivo no controle concreto de constitucionalidade: a repercussão geral como requisito de admissibilidade do

¹⁴⁵ Ibid., p. 118.

¹⁴⁶ URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina. 2013, 22 p.

¹⁴⁷ ZAMARIAM, Livia Pitelli; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Súmulas Vinculantes: Solução para a Adequada Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade? *Scientia Iuris*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 113-136, jul. 2012, p. 118-119.

¹⁴⁸ Ibid., p. 119.

recurso extraordinário. Este instituto permite que o STF selecione para julgamento apenas as questões constitucionalmente relevantes e que transcendem o interesse das partes. Nesta mesma toada, o legislador já havia possibilitado a prescindibilidade da cláusula de reserva de plenário do art. 97 da CF, através da Lei n. 9756/98 que inseriu o parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil (CPC) e também instituiu a súmula vinculante pela própria EC 45/2004. Em razão de tais alterações, a jurisprudência e a doutrina constitucionais já vislumbram a possibilidade de concessão de efeitos *erga omnes* e vinculante a decisões do Plenário do STF em controle concreto de constitucionalidade. Todas essas mudanças acabam por aproximar o controle difuso do controle concentrado de constitucionalidade contribuindo para sua “abstrativização”¹⁴⁹.

Nesses termos, por “abstrativização” entende-se a gradativa utilização dos instrumentos típicos do controle em abstrato no controle difuso de constitucionalidade, como sucedâneo para aplicação de efeitos inerentes à decisão proferida naquela forma de controle¹⁵⁰.

Para alguns, a justificativa para essa aproximação entre os dois modelos é que, quando ambos são realizados pelo Plenário da Corte obedecem a procedimentos muito semelhantes e, portanto, não haveria razão plausível para se atribuir efeito vinculante a um modelo e não a outro. Nesse sentido, Mendes e Branco:

Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observe-se que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma

¹⁴⁹ Ibid., p. 119-120.

¹⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Freddie. O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade Brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo. *Leituras Complementares de Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2007, 105 p.

que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias¹⁵¹.

Destarte, por “abstrativização”, entende-se a concessão de efeitos *erga omnes* e vinculantes - característicos do controle concentrado e abstrato - às decisões de controle difuso e concreto. “A intenção daqueles que defendem esta objetivação é fazer com que as decisões proferidas pelo STF em controle difuso ganhem interpretação extensiva, vinculando horizontal e verticalmente, sob o argumento de evitar decisões contraditórias e acelerar o julgamento das demandas”¹⁵².

Para outros, como Marinoni, quando se pensa na “abstrativização” do controle difuso não se pensa em aplicar a eficácia *erga omnes* à parte dispositiva da decisão, mas sim vincular os demais órgãos do Poder Judiciário por se tratar a decisão em controle difuso de decisão do Supremo Tribunal Federal.

O controle difuso exige que os precedentes da Corte que dá a última palavra acerca da questão constitucional sejam obrigatórios. Não se trata de mera opção técnica, ainda que ótima à eficiência de distribuição da justiça, mas de algo que, quando ausente, impede o próprio funcionamento do controle difuso. De modo que admitir, no atual estágio do direito brasileiro, controle difuso sem vinculação dos órgãos judiciários aos precedentes constitucionais constituiu equívoco imperdoável¹⁵³.

A despeito dos benefícios mencionados, há inúmeras críticas a essa “abstrativização”. Talvez a mais salutar delas seja a alteração, entendida como inconstitucional, da competência privativa do Senado Federal de outorgar efeito *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal. Segundo Streck, Oliveira e Lima, um

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-115507-7, e-book. Disponível em: <<http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/7074370>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

¹⁵² ZAMARIAM, Livia Pitelli. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Súmulas Vinculantes: Solução para a Adequada Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade? *Scientia Iuris*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 113-136, jul. 2012, 122 p.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 460 p.

tribunal não poderia subverter a Constituição sob o argumento de está-la garantindo ou guardando¹⁵⁴.

Para Rothenburg, no entanto, “a evolução do controle concentrado de constitucionalidade superou tal atribuição”¹⁵⁵:

A admissão de reclamação ao STF, quando desrespeitada decisão em controle de constitucionalidade em concreto, e a instituição da súmula vinculante (CR 103-A), que autoriza o próprio STF a conferir eficácia universal ao controle de constitucionalidade em concreto, representam duas pás de cal¹⁵⁶.

Em contrapartida, apoiando Streck, Oliveira e Lima, o professor Neto afirma que a Constituição Federal, embora tenha passado por duas emendas constitucionais que trataram do Poder Judiciário, não fez qualquer alteração quanto ao artigo ora citado, o que deve demonstrar a orientação da norma constitucional, não sendo possível a interpretação evolutiva contra norma expressa da Constituição que se mantem em vigor, apesar de aberta a possibilidade para sua alteração.

Para Neto, a confusão da atribuição do efeito vinculante às decisões emanadas de controle de constitucionalidade difuso decorre, da imprópria, aproximação dada pelos juristas às decisões tomadas pelo STF em controle difuso, quando da análise de Recurso Extraordinário, e as decisões das Cortes Constitucionais europeias, quando da análise da questão constitucional.

No caso brasileiro, a questão chega ao STF via Recurso Extraordinário, quando a Corte, “ainda que não possa discutir a matéria fático-probatória, formulará juízo de legitimidade constitucional sem isolar a norma controlada de sua hipótese aplicativa ligada à lide subjetiva”¹⁵⁷, procedimento diverso do que ocorre perante as Cortes Europeias (Alemanha, Itália, Espanha), no qual a questão de constitucionalidade é remetida pelo juízo *a quo*, com a suspensão do processo no qual surgiu a prejudicialidade, e a Corte “decidirá específica e concentradamente, num novo contexto procedimental de direito objetivo”¹⁵⁸, sem qualquer ingerência da prejudicialidade que surgiu no processo subjetivo do qual emanou.

Analisando, portanto, a não concessão expressa de efeito vinculante às decisões em controle abstrato, e nem a revogação do art. 52, X, não obstante

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alveme Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 13 dez. 2013.

¹⁵⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 109.

¹⁵⁶ ROTHENBURG, loc. cit.

¹⁵⁷ NETO, Carlos Romero Lauria Paulo. *A Decisão Constitucional Vinculante*. São Paulo: Método, 2011, 173 p.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p.173.

tenha a Constituição passado por emendas constitucionais possibilitadoras de tais alterações, pontua Neto, que:

Ademais, a recente Emenda Constitucional nº 45/2004 empreendeu extensa atualização normativa do sistema brasileiro de justiça constitucional, inclusive ampliando expressamente a incidência do efeito vinculante, antes restrito à ação declaratória de constitucionalidade (ADC), também para a sentença em ADI, mas mantendo o silêncio quanto às sentenças do controle concreto. Esse silêncio há de fornecer algum subsídio para a interpretação do art. 52, X, que, por sinal, foi preservado¹⁵⁹.

Nesses termos, a “abstrativização”, além de ofender o princípio democrático, violaria ainda outros princípios constitucionais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, pois possibilitaria aplicar uma decisão àqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos. Fere-se, portanto, direitos fundamentais, entre eles o acesso à justiça¹⁶⁰.

3 O PAPEL DA SÚMULA VINCULANTE PARA A “ABSTRATIVIZAÇÃO” DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Na Reclamação 4.335/AC, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau acolheram a tese da “abstrativização”, fundamentada na “mutação constitucional” do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, no sentido de que todas as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concreto e incidental possuem eficácia *erga omnes*, independentemente da atuação do Senado¹⁶¹.

Como dito acima, renomados juristas (dentre eles, Streck, Abboud¹⁶² e Nery Junior¹⁶³) abominaram a referida decisão, declarando que houve fraude à Constituição, e não mutação constitucional.

Apesar das críticas tecidas à objetivação do controle difuso, não se pode deixar de ter em mente seus benefícios, dentre os quais, a segurança jurídica e a igualdade perante as decisões do Poder Judiciário. Nesses termos, questiona-se: como seria possível resolver o problema de sua inconstitucionalidade?

¹⁵⁹ Ibid., p. 176.

¹⁶⁰ ZAMARIAM, Livia Pitelli. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Súmulas Vinculantes: Solução para a Adequada Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade? *Scientia Iuris*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 113-136, jul. 2012, 125 p.

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é Isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?* 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 56 p.

¹⁶² Ibid., p. 57.

¹⁶³ Apud STRECK; ABBOUD, loc. cit.

Um dos caminhos apontados pela doutrina seria a utilização das súmulas vinculantes. Segundo Tavares, as súmulas vinculantes seriam uma ponte entre o controle difuso-concreto e o controle abstrato-concentrado¹⁶⁴.

Assim, toda vez que o STF vislumbrar a necessidade de concessão de efeitos vinculantes a decisões oriundas do julgamento de ações subjetivas, bastaria remetê-las ao Plenário e, cumpridos os requisitos da lei, editar súmula vinculante sobre a matéria¹⁶⁵.

No mesmo sentido, Mendes e Branco prelecionam: “ressalte-se que a adoção da súmula vinculante reforça a ideia de superação do art. 52, X, da CF, na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal sem qualquer interferência do Senado Federal”¹⁶⁶.

Segundo Zamariam e Nunes Junior:

É imprescindível preservar a primazia da Constituição e, se ela já descreve um meio de se conceder efeitos abstratos às decisões de controle difuso, não podem os Ministros do STF simplesmente “criar” um novo método sem observá-lo. São nobres as justificativas de economia, celeridades processuais e até mesmo segurança jurídica, mas porque não respeitar o procedimento constitucional previsto e editar uma súmula vinculante sobre a matéria? Isso impedirá que o Supremo aja com abuso de poder, mas também beneficiará o cidadão com a celeridade e uniformização através de um previsto na Norma Fundamental Brasileira.¹⁶⁷

De tal modo, parece certo que a Suprema Corte não pode criar um novo procedimento, sem participação legislativa, sob pena de violar as normas constitucionais. Nesse contexto, parece ser a súmula vinculante uma alternativa constitucionalmente adequada para fins de se atribuir efeitos vinculantes também às decisões de controle difuso.

Todavia, a utilização de enunciado de súmula vinculante, como se lei fosse, acaba por também eivar de inconstitucionalidade a solução sugerida pela doutrina. Para que a Constituição não reste violada, agora pelas súmulas

¹⁶⁴ TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417 de 19.12.2007*. São Paulo: Método, 2007, 14 p.

¹⁶⁵ ZAMARIAM, Livia Pitelli. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Súmulas Vinculantes: Solução para a Adequada Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade? *Scientia Iuris*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 113-136, jul. 2012, 129 p.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-115507-7, e-book. Disponível em: <<http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/7074370>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

¹⁶⁷ ZAMARIAM, Livia Pitelli. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Súmulas Vinculantes: Solução para a Adequada Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade? *Scientia Iuris*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 113-136, jul. 2012, 129 p.

vinculantes, há se observar, além do procedimento previsto em lei para sua confecção, uma correta aplicação dos precedentes judiciais.

4 POR UMA APLICAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DAS SÚMULAS VINCULANTES

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004, chamada de “Reforma do Judiciário”, criou o novel instituto das súmulas vinculantes, inserindo o art. 103-A na Constituição Federal de 1988, sendo posteriormente regulamentado pela Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

Os enunciados da súmula da jurisprudência dominante com eficácia vinculante são conceituados como proposições aprovadas ou revisadas, de ofício ou por iniciativa de legitimado ativo determinado na lei, por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, quanto à interpretação, validade e eficácia de normas determinadas. Possuem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual ou municipal, sob pena do uso de Reclamação¹⁶⁸.

Para que o enunciado de uma súmula vinculante seja editado, nos termos do art. 2º da Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, devem ser atendidos alguns pressupostos objetivos: i) decisões reiteradas sobre matéria constitucional; ii) controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre a Administração Pública; iii) discussões sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas; iv) grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (Artigo 2º, §1º, da Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006).

Nesse sentido, Wolkart preleciona:

A letra do art. 103-A da Constituição da República já deixa bem claro que a edição de súmula vinculante dar-se-á apenas após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Isso significa que a edição da súmula é o termo final de um longo processo de amadurecimento e refinamento da jurisprudência, sempre voltado à análise dos múltiplos casos concretos sobre determinado tema, que ocuparam, por muito tempo, os canais do Poder Judiciário¹⁶⁹.

Como ensina Wolkart, “é impensável que a magistratura, libertada do jugo aprisionador do passado francês pós-revolucionário, volte para ser recrucificada no papel de ‘boca da lei’”¹⁷⁰. Justamente por isso, sempre devem

¹⁶⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 147 p.

¹⁶⁹ WOLKART, Erik Navarro. Súmula Vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 293 p.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 294.

ser observados os requisitos da lei, inclusive um dos mais importantes requisitos do instituto, qual seja, as “reiteradas decisões”.

É o requisito das “reiteradas decisões” que legitima o instituto das súmulas vinculantes. Tal requisito constitui um dos mecanismos de controle impostos pelo Poder Legislativo, precisamente porquanto impossibilita que as súmulas vinculantes sejam abstratas, desvinculadas de fatos, assim como a lei¹⁷¹.

Assim, parece certo que o Supremo Tribunal Federal não poderá criar uma súmula vinculante para uma decisão isolada tomada sede de controle difuso de constitucionalidade. A súmula somente deverá ser criada quando expressar o entendimento do tribunal, e quando este entendimento já tiver sido proferido em outras decisões. Afinal, diz a lei que devem ser reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Se os requisitos legais não forem cumpridos, a súmula vinculante não se prestará a conferir constitucionalidade à “abstrativização” do controle difuso-concreto. No caso, a própria súmula vinculante padecerá de inconstitucionalidade.

Além disso, deve-se ter em mente que a súmula vinculante é o conjunto dos precedentes que a integram, ou seja, são as “reiteradas decisões” que expressam o entendimento do tribunal, e não apenas o enunciado da súmula¹⁷².

A doutrina do *Stare Decisis*, dos precedentes vinculantes, adotada nos países de *common law*, significa muito mais do que simplesmente adotar a força vinculante de um precedente. O valor do *Stare Decisis* está na forma como consagra o papel do Poder Judiciário na criação e na afirmação do Direito, negando ao juiz o poder de resolver conflitos orientado por sua individualidade.

Entretanto, a obrigação de seguir um precedente não é absoluta, mas quem se afasta do precedente assume a carga da argumentação. Com efeito, o fato de ser obrigatório não impede o juiz de fazer o *distinguishing* do caso que lhe foi submetido, ou seja, de evidenciar que a questão posta em julgamento é diferente ou que os fatos que estão para serem julgados tornam a questão distinta daquela já decidida.

De tal modo, os precedentes, ao contrário do que se pensa, não são aplicados de forma automática, como vem sendo feito com as súmulas vinculantes no Brasil. Os precedentes, para serem aplicados, devem ser

¹⁷¹ Cf. SARTORI, Ellen Carina Mattias; SCHNEIDER, Caroline. A “Súmula Impeditiva de Recursos” e a “Era” dos Precedentes Judiciais. In: Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE, XXII, 2013, São Paulo. *Anais Eletrônicos...* São Paulo: UNINOVE, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=99ef8a644d84701c>>. Acesso em: 11 jun. 2014. SARTORI, Ellen Carina Mattias. Da Súmula Vinculante e da Necessidade de uma Cultura de Respeito aos Precedentes no Brasil. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. OLIVEIRA, Flávio Luis de (Orgs.). *Acesso à Justiça e Concretização de Direitos*. Birigui: Boreal Editora, 2014, 149 p.

¹⁷² SARTORI, Ellen Carina Mattias. Da Súmula Vinculante e da Necessidade de uma Cultura de Respeito aos Precedentes no Brasil. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. OLIVEIRA, Flávio Luis de (Orgs.). *Acesso à Justiça e Concretização de Direitos*. Birigui: Boreal Editora, 2014, p. 150-162.

analisados para que o aplicador da norma possa detectar se há similaridade de fato e de direito entre os casos postos.

Por isso, muito embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória do precedente, é importante que se entenda que o que tem caráter obrigatório é apenas sua *ratio decidendi*, que esta é apenas um dos elementos que compõem o precedente, e que sua identificação é essencial para que determinado precedente seja aplicado.

Apesar de serem controvertidos os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, percebe-se que, em síntese, na interpretação da *ratio* sempre é necessário analisar os pontos de direito e os fatos que foram considerados na decisão, ou seja, aqueles que constituíram a base, os motivos determinantes, para a solução do caso.

Este enquadramento, obviamente, requer racionalidade jurídica, portanto, sempre dependerá de uma argumentação adequada das questões de direito, apresentada por quem invoca o precedente e, no mesmo sentido, da aproximação dos fatos do precedente e dos fatos sob julgamento¹⁷³.

A separação entre o direito dos grandes sistemas teóricos e aquele dos práticos forenses é uma das tantas distinções entre o sistema da *common law* e do *civil law*, que se plasmou através da doutrina iluminista da Revolução Francesa da separação dos poderes. Segundo Silva¹⁷⁴, a ideia de que o Direito não depende da experiência é a grande barreira oposta à criação jurisprudencial do Direito nos países que seguem o sistema da *civil law*. Assim, as raízes do direito pátrio revelam as dificuldades enfrentadas para conceber um sistema de precedentes.

Schauer¹⁷⁵ ensina que quando não se nota a existência de fatos únicos e inerentes àquela situação em especial, o efeito da vinculação ao precedente será mínimo e acarretará grandes problemas.

O panorama da crescente força vinculante da jurisprudência no direito brasileiro, deste modo, impõe uma reflexão sobre o valor do precedente e o perigo de sua generalização. A forma como vem sendo aplicadas as súmulas vinculantes, por mera subsunção, dão ao instituto caráter de norma genérica, abstrata e de observância obrigatória, assim como as leis, negando, portanto, o caráter hermenêutico do direito. Nesse sentido, Streck e Abboud prelecionam:

Já para a súmula vinculante, tal qual era para os assentos, o teor do verbete sumular tem status de entidade geral e abstrata que estabelece uma disposição de natureza legislativa (texto normativo) para os casos concretos que

¹⁷³ Cf. SARTORI, Ellen Carina Mattias; SCHNEIDER, Caroline. A "Súmula Impeditiva de Recursos" e a "Era" dos Precedentes Judiciais. In: Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE, XXII, 2013, São Paulo. *Anais Eletrônicos...* São Paulo: UNINOVE, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=99ef8a644d84701c>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

¹⁷⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 84 p.

¹⁷⁵ SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605, 597 p.

ela abrange lhe vão referidos como casos da sua aplicação, casos a serem solucionados por um critério de subordinação lógico-subsunivo, tal qual a legislação deveria ser aplicada para a metodologia tradicional.

[...] pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria *commom law*, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da “questão de fato” [...]. Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado ou verbete (e como gostamos de verbetes, não?) será um problema. E dos grandes. E como respondemos a isso? Com uma “exigência hermenêutica” que se traduz na frase de Gadamer: só podemos “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido”¹⁷⁶.

De tal modo, tomando-se como parâmetro o que ocorre com os precedentes nos países da *commom law*, os quais não são fórmulas abstratas – ao contrário das leis – conclui-se que sua validade está em seus fundamentos, na *ratio decidendi*, na razão de decidir.

Ensina Taruffo¹⁷⁷ que o precedente fornece uma regra que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou, como acontece de regra, da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Dessa forma, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas sim afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme se considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente. Assim, a estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* aplicada ao primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso.

Nesse diapasão, Marinoni preleciona:

Assim, em princípio o juiz estará diante de outro caso ao se deparar com fatos diversos daqueles que impuseram a definição da interpretação jurídica individualizada no precedente. Fala-se em princípio porque, para a aceitação de que o caso não é suscetível ao precedente, não basta que os fatos sejam simplesmente diferentes, sendo importante que os fatos, na lógica da tese jurídica fixada

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é Isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?* 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 71 p.

¹⁷⁷ TARUFFO, Michelle. *Precedente e Giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica SRL, 2007.

no precedente, não sejam idôneos a provocar a aplicação da mesma tese jurídica. Quando os fatos, apesar de diferentes, não podem fugir à aplicação do precedente, há um caso similar ou até substancialmente igual. Lembre-se que casos similares, e não perfeitamente iguais – se é que eles existem -, devem ser tratados igualmente. Casos substancialmente desiguais obviamente não devem ser tratados de modo uniforme.

Portanto, é despropositado pensar que o respeito aos precedentes pode gerar injustiça, em virtude da impossibilidade da consideração das peculiaridades de uma dada posição ou situação jurídica. Na realidade, num sistema que respeita precedentes, a nenhum juiz é dada a possibilidade de aplicá-los a casos que têm particularidades que os tornam distintos, a repelir o tratamento igualitário ou uniforme. Não há distinção entre mal aplicar precedentes e mal aplicar normas legais. Ora, a igualdade formal diante da lei pode coexistir com uma forte desigualdade de tratamento. Enfim, aplicar a mesma lei a situações desiguais é o mesmo que aplicar um mesmo precedente a casos substancialmente distintos.¹⁷⁸

Destarte, o raciocínio feito pelo tribunal que decidiu o precedente não pode ser ignorado. Vale lembrar que decisões judiciais em controle difuso de constitucionalidade apreciam situações concretas, enquanto a lei procura regular situações abstratas. Significa dizer que, ao aplicar determinada súmula vinculante, o operador do direito, seja o advogado ou o juiz, jamais poderá ater-se à leitura do enunciado da súmula, como se regra geral e abstrata fosse, sob pena de violação à cláusula da separação dos poderes, e aos princípios constitucionais da legalidade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional¹⁷⁹.

A aplicação automática do enunciado de súmula vinculante, abstratamente, como se dispositivo de lei fosse, viola a Constituição, porque confere verdadeiros poderes legislativos ao Poder Judiciário¹⁸⁰. “Fere também, em conjunto, os princípios do devido processo legal e da isonomia, já que tratam de forma igual os jurisdicionados sem permitir-lhe a análise de sua

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 196-197.

¹⁷⁹ Cf. SARTORI, Ellen Carina Mattias; SCHNEIDER, Caroline. A “Súmula Impeditiva de Recursos” e a “Era” dos Precedentes Judiciais. In: Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE, XXII, 2013, São Paulo. *Anais Eletrônicos...* São Paulo: UNINOVE, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=99ef8a644d84701c>>. Acesso em: 11 jun. 2014. SARTORI, Ellen Carina Mattias. Da Súmula Vinculante e da Necessidade de uma Cultura de Respeito aos Precedentes no Brasil. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. OLIVEIRA, Flávio Luis de (Orgs.). *Acesso à Justiça e Concretização de Direitos*. Birigui: Boreal Editora, 2014, 163 p.

¹⁸⁰ SARTORI, Ellen Carina Mattias. Da Súmula Vinculante e da Necessidade de uma Cultura de Respeito aos Precedentes no Brasil. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. OLIVEIRA, Flávio Luis de (Orgs.). *Acesso à Justiça e Concretização de Direitos*. Birigui: Boreal Editora, 2014, 163 p.

demanda por um magistrado, mas impondo a mera aplicação do entendimento sumulado”¹⁸¹.

Deste modo, a aplicabilidade ou inaplicabilidade dos precedentes que integraram a súmula vinculante, oriundos de decisões proferidas em sede de controle difuso-concreto de constitucionalidade, devem ser analisadas em cotejo com o caso que está sendo julgado, através da constatação criteriosa da *ratio decidendi*, ou seja, deve haver similitude entre as questões de direito e dos fatos que integraram os precedentes e do caso sob julgamento.

Por conseguinte, para que o objetivo da chamada “abstrativização” do controle difuso-concreto possa se concretizar através da utilização das súmulas vinculantes, é indispensável que haja uma mudança de paradigma no sentido de se respeitar os precedentes que formaram a súmula¹⁸². Deverá o órgão julgador posterior, portanto, até por ordem do art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, fundamentar sua decisão com base nos precedentes que justificaram a criação da súmula vinculante. Zamarian, nesse sentido, afirma: “A súmula não pode, portanto, ser tratada como precedente judicial de efeito vinculante, assemelhada a um ato normativo, e ser aplicada independentemente dos motivos determinantes das decisões que as originaram. É um contrasenso”¹⁸³.

Miguel Reale, décadas antes da introdução das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, já advertia: “à medida que nossos tribunais recorrem à formulação de Súmulas crescerá a responsabilidade dos juristas e advogados no sentido de que elas não se convertam em modelos rígidos nem em sucedâneos de normas legais”¹⁸⁴.

Destarte, bem aplicadas ou bem afastadas, as súmulas vinculantes editadas para conferir efeitos vinculantes às decisões em sede de controle difuso-concreto de constitucionalidade, gerarão segurança jurídica, previsibilidade, igualdade perante o Poder Judiciário, e promoverá a duração razoável do processo. Manejadas de modo equivocado, provocarão injustiças, atentarão contra o princípio democrático e da separação de poderes, gerarão uma avalanche de Reclamações à Suprema Corte, que só atravancará ainda mais suas atividades¹⁸⁵.

¹⁸¹ ZAMARIAM, Livia Pitelli. O Paradoxo na Aplicação das Súmulas no Direito Brasileiro. In: Congresso Nacional do CONPEDI/UFU, XXI, 2012, Uberlândia. *Anais Eletrônicos...* Uberlândia: UFU, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=19b650660b253761>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

¹⁸² SARTORI, Ellen Carina Mattias. Da Súmula Vinculante e da Necessidade de uma Cultura de Respeito aos Precedentes no Brasil. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. OLIVEIRA, Flávio Luis de (Orgs.). *Acesso à Justiça e Concretização de Direitos*. Birigui: Boreal Editora, 2014, 165 p.

¹⁸³ ZAMARIAM, Livia Pitelli. O Paradoxo na Aplicação das Súmulas no Direito Brasileiro. In: Congresso Nacional do CONPEDI/UFU, XXI, 2012, Uberlândia. *Anais Eletrônicos...* Uberlândia: UFU, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=19b650660b253761>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

¹⁸⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 21-22.

¹⁸⁵ Cf. SARTORI, Ellen Carina Mattias; SCHNEIDER, Caroline. A “Súmula Impeditiva de Recursos” e a “Era” dos Precedentes Judiciais. In: Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE, XXII, 2013, São Paulo. *Anais Eletrônicos...* São Paulo: UNINOVE, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=99ef8a644d84701c>>. Acesso em: 11 jun. 2014. SARTORI, Ellen Carina Mattias. Da Súmula Vinculante e da Necessidade de

CONCLUSÃO

O sistema híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro não é mais assim tão distinto, tão separado, tão caracterizado. A evolução do ordenamento jurídico, a evolução dos direitos, a evolução da necessidade de uma prestação jurisdicional efetiva levaram o Judiciário a mesclar os institutos, aplicando regramentos do controle concentrado de constitucionalidade no controle difuso de constitucionalidade.

Contudo, a “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade, além de ofender o princípio democrático, viola ainda outros princípios constitucionais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, pois possibilita aplicar uma decisão àqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos. Fere-se, portanto, direitos fundamentais, entre eles o acesso à justiça. De tal modo, parece certo que a Suprema Corte não pode criar um novo procedimento, sem participação legislativa.

No entanto, se o direito pátrio encontra-se em um período de franca transição, urge sejam concentrados esforços no sentido de, paralelamente à uniformização da jurisprudência, desenvolverem-se mecanismos adequados para aplicá-la. A excessiva rigidez na fixação e, principalmente, na aplicação da jurisprudência dominante nos remeterá à ideia iluminista de que o juiz é a mera “boca da lei”, com a única diferença que a lei terá agora o significado ditado pelos tribunais superiores.

Apesar das críticas tecidas à objetivação do controle difuso, não se pode deixar de ter em mente seus benefícios como a celeridade processual, o reforço à segurança jurídica e ao princípio da igualdade das decisões judiciais em razão da uniformização da jurisprudência.

Parece válido apontar a utilização das súmulas vinculantes como alternativa para mitigar as tensões constitucionais da denominada “abstrativização” do controle difuso. Assim, vislumbrada a necessidade de concessão de efeitos vinculantes a decisões oriundas do julgamento de ações subjetivas proferidas em sede de controle difuso-concreto de constitucionalidade, bastaria remetê-las ao Plenário e, cumpridos os requisitos da lei, editar súmula vinculante sobre a matéria.

Todavia, para que a Constituição não reste violada também pelas súmulas vinculantes, há se observar, além do procedimento previsto em lei para sua confecção, uma correta aplicação dos precedentes judiciais que a formaram.

Portanto, é indispensável que haja uma mudança de paradigma no sentido de se respeitar os precedentes. A aplicação do direito oriundo da súmula vinculante deve se pautar por parâmetros próprios e específicos,

uma Cultura de Respeito aos Precedentes no Brasil. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira. OLIVEIRA, Flávio Luis de (Orgs.). *Acesso à Justiça e Concretização de Direitos*. Birigui: Boreal Editora, 2014, 165 p.

diversos daqueles que informam a aplicação do direito legislado. Logo, a súmula vinculante deve ser compreendida como o conjunto de precedentes que justificaram sua edição.

Através desse raciocínio, a jurisprudência conferirá a almejada coerência ao sistema jurídico e segurança jurídica aos jurisdicionados, pois dar a casos semelhantes decisões diversas viola a ideia imprescindível de igualdade perante a jurisdição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. CUPERTINO, Maria Cristina Guimarães. 3 ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-17037-7, e-book.
- Disponível em:
<<http://www.editorasaraiva.com.br/produtos/show/isbn:9788502152601/o-controle-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 11 nov. 2013.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BRAWERMAN, André. Ação Declaratória de Constitucionalidade: Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das Alterações Havidas com a Emenda Constitucional n.45, de 8 de dezembro de 2004. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 59-60, jan./dez. 2004, p. 37-53.
- CAMARGO, Marcelo. *Leituras Complementares de Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2007.
- CLARET, Martin (Coord). *Discurso no Instituto dos Advogados Brasileiros/Discurso no Colégio Anchieta/ Rui Barbosa*. 2 ed. São Paulo: Martin Claret. 2010.
- CLÈVE. Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEITE, Glauco Salomão. *Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LEITE, Nicolao Rodrigues dos Santos França e. *Considerações Políticas sobre a Constituição do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Tipographia de J.M.A.A de Aguiar, 1872.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ISBN 978-85-02-115507-

7, e-book. Disponível em:
 <<http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/7074370>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

MORAES, Guilherme Pena de. Súmula Vinculante no Direito Brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 17, 2008. Disponível em:
 <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 abril 2013.

NETO, Carlos Romero Lauria Paulo. *A Decisão Constitucional Vinculante*. São Paulo: Método, 2011.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. *Supremo Tribunal Federal: Composição e Indicação de seus Ministros*. São Paulo: Método, 2012.

PORTO, Sergio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1976.

RE, Edward D. Stare Decisis. Trad. NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 327, 1990.

ROCHA, Carmem Lucia da. *Sobre a Súmula Vinculante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

SARTORI, Ellen Carina Mattias; SCHNEIDER, Caroline. A “Súmula Impeditiva de Recursos” e a “Era” dos Precedentes Judiciais. In: Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE, XXII, 2013, São Paulo. *Anais Eletrônicos...* São Paulo: UNINOVE, 2013. Disponível em:
 <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=99ef8a644d84701c>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 571-605.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis (Orgs.). *Acesso à Justiça e Concretização de Direitos*. Birigui: Boreal Editora, 2014.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função: a Ilegitimidade Constitucional do Efeito Vinculante*. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont’Alveme Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 13 dez. 2013.

_____; ABBoud, Georges. *O que é Isto – O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?* 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARUFFO, Michelle. *Precedente e Giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica SRL, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417 de 19.12.2007*. São Paulo: Método, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 34, v. 172, jun. 2009.

_____. (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZAMARIAM, Livia Pitelli. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Súmulas Vinculantes: Solução para a Adequada Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade? *Scientia Iuris*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 113-136, jul. 2012.

_____. O Paradoxo na Aplicação das Súmulas no Direito Brasileiro. In: Congresso Nacional do CONPEDI/UFU, XXI, 2012, Uberlândia. *Anais Eletrônicos...* Uberlândia: UFU, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=19b650660b253761>>. Acesso em: 11 jun. 2014.